Canadian Human Rights Commission
Commission canadienne des droits de la personne

BONA FIDE OCCUPATIONAL REQUIREMENT

AND

BONA FIDE JUSTIFICATION:

INTERIM POLICIES AND EXPLANATORY NOTES

FEBRUARY 1985

90 Sparks Street, Ottawa, Canada K1A 1E1
90, rue Sparks, Ottawa, Canada K1A 1E1

TABLE OF CONTENTS

			PAGE
I	**SUMMARY**		1
II	**BONA FIDE OCCUPATIONAL REQUIREMENT**		
	A.	FRAMEWORK	
		1. Basis of the Policy	6
		1.1 Legislative Basis	6
		1.2 Governing Principles	8
		2. Role of the Policy	10
	B.	KEY CONCEPTS	
		1. Conditions for Establishing a Bona Fide Occupational Requirement	11
		2. Practices Which Are Not Based on a Bona Fide Occupational Requirement	11
	C.	ELABORATION OF TERMS USED IN POLICY	
		1. Performance of the Job	12
		1.1 Essential Components of a Job	12
		1.2 Safe Performance	13
		1.3 Reliable Performance	14

.../ii

			PAGE
	2.	Assessment of Performance of Capacity to Perform	15
		2.1 Capacity	15
		2.2 Types of Assessment Procedures	15
		2.3 Manner in Which Assessment Procedures Are To Be Conducted	16
		2.4 Differentiation of the Basis of a Prohibited Ground of Discrimination	19
		2.5 Disclosure of Information Related to A Prhobitied Ground of Discrimination	20
	3.	Avoidance of Discriminatory Effects	21
		3.1 Self-Identification and Verification	22
		3.2 Situations Where Avoidance Would Not Be Reasonable	23
	4.	Objective Basis	25
III	BONA FIDE JUSTIFICATION		
	A.	FRAMEWORK	
	1.	Basis of the Policy	27
		1.1 Legislative Basis	27
		1.2 Governing Principles	28
	2.	Role of the Policy	31

TABLE OF CONTENTS (concluded)

PAGE

B. KEY CONCEPTS

1. Conditions for Establishing a Bona Fide Justification 32
2. Practices Which Do Not Constitute Bona Fide Justification 33

C. ELABORATION OF TERMS USED IN POLICY

1. Safe Delivery 34

2. Effective Delivery 36

2.1 Differentiation on the Basis of a Prohibited Ground of Discrimination 36
2.2 Disclosure of Personal Information Related to a Prohibited Ground of Discrimination 38

3. Avoidance of Discriminatory Effects 39

3.1 Self-Identification and Verification 40
3.2 Situations Where Avoidance Would Not Be Reasonable 41

4. Objective Basis 43

I SUMMARY

Amendments to the Canadian Human Rights Act proclaimed 1 July 1983, expand protection against discrimination in employment and the provision of goods, services, facilities or accommodation to all disabled persons. The Act continues to protect individuals on the grounds of race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, or a pardoned conviction.

These amendments are effective only to the extent that they are well understood, widely supported, and efficiently and consistently administered. The Canadian Human Rights Commission recognizes the importance of policy statement or guidelines in accomplishing these goals. Policy statements on bona fide occupational requirement and bona fide justification are of particular value because these defences provide a mechanism for balancing the human rights of individuals with the rights of employers to efficient employees and of purveyors to manage their operation efficiently.

At its November 1984 meeting the Commission approved interim policies on bona fide occupational requirement and bona fide justification. The interim policies have been developed over the past year in consultation with hundreds of organizations who were asked to comment on working papers. One outlined applications of the new exception of bona fide justification to cases concerning discrimination, based on disability, in the provision of goods, services, facilities or accommodation. The other described circumstances in which bona fide occupational requirement could be invoked as a defense where it is alleged that persons with a mental disability, or who are dependent on alcohol or a drug, suffered discrimination in employment.

Because of concerns raised by the disabled community, employers and purveyors, the interim policies apply to all grounds, not just to disability. This is to emphasize the universal application of the principles of non-discrimination. The nuances of each ground and the uniquenesss of each case will be reflected by the manner in which the policies are applied and through specific policies or guidelines, as necessary.

Within the next twelve months, the Commission will make a final decision on these policies. It will base its decision on a closer look at the two policies and their generic application, as well as consultation with key clients representing purveyors, employers and communities which may be affected when the policies are applied to grounds other than disability. At this time also, the Commission will issue bona fide occupational requirement and bona fide justification guidelines which are binding on the Commission and Human Rights Tribunals.

As well as reflecting concerns raised in the many responses to the working papers, the interim policies are based on the Bona Fide Occupational Requirement Guidelines currently in effect, leading cases and policy statements of other jurisdictions. Because the Commission and other statutory human rights agencies have greater experience with bona fide occupational requirement, the bona fide justification interim policy draws on concepts developed in employment situations. As experience with cases of discrimination in the provision of goods, services, facilities or accommodation increases, the appropriateness of applying these concepts to such situations will be re-examined.

Neither the bona fide justification nor the bona fide occupational requirement policy sets out detailed rules. Rather, they identify criteria which are to be consistently and reasonably applied to the facts of each particular case. The policies focus on the establishment of practices which comply with the rule of the Act, rather than on how to establish a defence once a complaint is initiated.

The interim policies seek to balance the human rights of individuals with the rights of employers to efficient employees and of purveyors to manage their operation efficiently. An important factor in this balancing act is a general principle of statutory interpretation: because the Canadian Human Rights Act has been enacted by the Parliament of Canada for the benefit of the public, it should be given a broad and liberal interpretation and exceptions to its general rule (such as bona fide justification and bona fide occupational requirement) should be narrowly construed.

The policies reflect the current position of the Commission. The interpretation and application of the Act may be revised in the future to keep pace with changing technology and attitudes. Actions which may be necessary for efficiency today may not be necessary tomorrow.

The only defence recognized by the interim policies is that an individual does not meet requirements reasonably necessary for performance of the job or provision of the service. For example, a receptionist must be able to communicate effectively so if a disability prevents an individual from doing so he or she is not eligible for the job. In the service area, a public art gallery may specify one public restroom for males and another for females.

While it is reasonable to require that individuals perform jobs or obtain a goods or services in a safe manner, the mere presence of some safety risks should not result in the denial of the job, good or service, because every activity in life poses some risk. Requirements based on safety are frequently discriminatory, as they are often based on statistical probabilities of the class to which the individual belongs.

The interim policies recognize that human lives and dignity are more important than property or money. Therefore, the defences will be easier to demonstrate where the safety risk is to other persons than where the safety risks have economic consequences. However, an individual should not be denied a job, good or service because of safety risks solely to the individual. Individuals should have the right to determine for themselves whether to take a safety risk which affects only themselves.

It is a fundamental human rights principle that stereotyped assumptions about people are not acceptable. However, as recognized in Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke et al., differentiation on the basis of a prohibited ground of discrimination can be acceptable in certain limited circumstances. The Supreme Court of Canada emphasized that such differentiation must rest on an objective basis, which generally is to be shown by scientific or empirical data.

The bona fide justification policy is concerned with two forms of differentiation - denial of goods or services, and provision in an alternative (parallel) manner. An example of a parallel service is requiring disabled individuals who are seeking a federal service to go to a particular office while all other individuals may go to one of a number of offices. While this provides them with a "special" service, it does not give them the option of receiving the service in the traditional manner. Therefore, a "special" service must be provided in accordance with the bona fide justification policy.

Application of the standard practices of an employer or purveyor may result in an individual protected under human rights statutes being denied or affected adversely in job opportunities or the provision of goods and services. Purveyors and employers have a duty to modify such practices so as to eliminate any discriminatory effect. However, modification of a practice is not required when it would not be reasonable in the particular circumstances or when an individual does not identify (and, at times, verify) his or her need.

Modifications may be appropriate in a variety of circumstances. Currently airlines effectively provide nourishment by serving an individual subject to dietary restrictions, for medical or religious reasons, with a special meal upon request before the flight. Employers could provide equal opportunity to an individual in a wheelchair by modifying an office to accommodate the wheelchair, or they could vary a dress code to accommodate needs and obligations arising from an individual's religion.

Alterations of an office or dress code will provide the individual with equal opportunity for a job, but they do not guarantee that he or she will obtain the job. The Canadian Human Rights Commission recognizes that no one has a <u>right</u> to a job, and that an employer may award a job to whom it wishes, providing that it does so on non-discriminatory grounds.

Because jobs are awarded on the basis of merit, employers have the right to determine whether an individual has the capacity for safe, efficient and reliable performance. Assessment procedures which have a discriminatory effect and are not relevant indicators of an individual's capacity to perform are not acceptable. For example, a special test must not be given to a disabled candidate simply because he or she looks "different".

Unlike employment, people have the right to obtain publicly available goods, services, facilities and accommodation provided that they meet reasonably necessary conditions. Purveyors should focus on the necessity of those conditions, not on assessment of an individual.

The interim policies outline how employers and purveyors can increase the opportunities for disadvantaged Canadians to participate more fully in society.

II BONA FIDE OCCUPATIONAL REQUIREMENT

INTERIM POLICY

EXPLANATORY NOTE

A. FRAMEWORK

1. BASIS OF THE POLICY

The policy is based on those provisions of the Canadian Human Rights Act which delineate the bona fide occupational requirement exception, the discriminatory practices, and the prohibited grounds of discrimination, and on certain governing principles.

The interim policy must be placed in its correct legislative and conceptual context so that it is read, interpreted and applied appropriately. The principles set out in the interim policy are designed to avoid basic misunderstandings about the policy.

1.1 Legislative Basis

The provisions of the Canadian Human Rights Act which form the basis of the policy are:

"3.(1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination.

Amendments to the Canadian Human Rights Act, proclaimed 1 July 1983, expand protection against discrimination in employment and the provision of goods, services, facilities or accommodation to all disabled persons.

8. It is a discriminatory practice

(a) to use or circulate any form of application for employment, or

(b) in connection with employment or prospective employment,

(i) to publish any advertisement, or

(ii) to make any written or oral inquiry that expresses or implies any limitation, specification or preference based on a prohibited ground of discrimination.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment, that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

14. It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a bona fide occupational requirement;"

The Canadian Human Rights Act does not embrace the proposition that one has a right to a job. Thus, an employer may award a job to whom it wishes, providing that it does so on non-discriminatory grounds. Because jobs are usually awarded on the basis of merit, employers have the right to assess merit, and therefore to focus on assessment of the individual.

Personal characteristics related to a prohibited ground of discrimination should not unfairly affect the awarding or retention of a job and employment-related benefits. There will not be a finding that this has occurred unless two steps are completed.

First, the complainant must establish a prima facie case of discrimination. This involves showing that there are reasonable grounds for believing that, based on a prohibited ground of discrimination, the complainant has suffered either differential treatment or an adverse effect due to the application of an employer's rule or standard practice.

Next, the employer has an opportunity to defend itself. The employer's defence could entail demonstrating that its action was not based on a prohibited ground of discrimination but rather on legitimate business reasons (for example, merit), or that a provision of the Canadian Human Rights Act, its regulations or guidelines allow the employer to base its action on a prohibited ground of discrimination. While some defences apply to discrimination in employment benefits, the bona fide occupational requirement defence relates, by definition, to requirements necessary to perform the job.

1.2 Governing Principles

The principles enunciated below govern the application of this policy:

(a) the Canadian Human Rights Act has been enacted by the Parliament of Canada for the benefit of the public and should be given a large and liberal interpretation and exceptions to its general rule should be narrowly construed;

(b) an individual's human rights do not have to be earned;

(c) an individual's human rights must be balanced against the right of an employer to have efficient employees;

(d) the right to equal opportunity in employment means the right to not be treated unfairly on a prohibited ground of discrimination in the awarding and retention of a job and employment-related benefits;

(e) to treat all individuals in exactly the same way may result in some individuals being denied employment opportunities for reasons related to a prohibited ground of discrimination;

(f) employment practices and decisions based on an individual's own merit or other criteria whose effect is unrelated to a prohibited ground of discrimination are not discriminatory practices;

(g) a bona fide occupational requirement must be imposed honestly, in good faith, without ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which defeat the purposes of the Act and in a sincerely held belief, which has an objective basis, that is reasonably necessary for safe, efficient and reliable performance of the job;

Principle (b) requires some explanation. The Canadian Human Rights Act does not provide different levels of protection for employees and applicants, because the human rights of individuals must not depend upon their status. This would be tantamount to stating that rights must be earned which would allow, for example, employers to consider not only whether the individual is an applicant or an employee but the length and quality of service. Because members of disadvantaged groups are not given an equal opportunity to become employees or to receive promotions and training, to require that rights be earned could simply perpetuate discrimination. Of course, it is laudable for employers to assist current employees to a greater extent than that required by law.

(h) the existence of an objective basis will depend upon the particular circumstances of the case, including the technology available and the time which the employer had to obtain expert opinions, scientific data or empirical data to support the occupational requirement;

(i) employers should not seek to justify a decision with information learned after making the decision;

(j) practices based on a prohibited ground of discrimination rather than an individual's own capacity should be the exception rather than the rule;

(k) employers have a duty to avoid any discriminatory effects of a practice on an individual if they can reasonably do so in the circumstances;

(l) the avoidance of a discriminatory effect of a practice on an individual may entail a different allocation of resources but should not necessitate either fundamental alteration of the nature of the job, or significant costs, organizational inconvenience or safety risks to others;

(m) the concern for safety must be balanced against the right of the individual to choose to take a risk which affects only the individual and against a recognition that all employment entails some risk.

2. ROLE OF THE POLICY

The policy provides criteria for determining whether, in the particular circumstances of the case, an employment practice or decision is based on a bona fide occupational requirement. The policy applies equally to prospective employees, current employees and former employees. It is to be applied in a restrictive manner, particularly where the concern is for cost or organizational inconvenience rather than for the safety of persons other than the individual. However, the policy does not affect employment decisions or practices, including decisions based on merit, whose effect is unrelated to a prohibited ground of discrimination.

The Act is effective only to the extent that it is well understood, widely supported, and efficiently and consistently administered. The Canadian Human Rights Commission believes that policy statements and guidelines greatly assist in accomplishing these goals.

The interim policy does not lay down detailed rules. Rather, it identifies criteria which are to be consistently and reasonably applied to the facts of each particular case. The policy focuses on the establishment of practices which comply with the rule of the Act, rather than how to establish a defence once a complaint is initiated.

The policy does not require employers to hire individuals who do not have the capacity to perform the job in question. It defines the parameters within which an individual's performance or capacity to perform are to be considered to ensure that individuals are assessed equally.

B. KEY CONCEPTS

1. CONDITIONS FOR ESTABLISHING A BONA FIDE OCCUPATIONAL REQUIREMENT

In the opinion of the Commission, an employment practice is based on a bona fide occupational requirement where:

(a) the practice is based on a requirement that the individual perform or have the capacity to perform the essential components of the job in question safely, efficiently and reliably; and

(b) the practice is based on a procedure which accurately assesses the individual's performance or capacity to perform, in accordance with this policy; and

(c) in the particular circumstances it is not reasonably possible to avoid any discriminatory effect of the practice on the individual.

The only acceptable defence is one based on the individual's unsatisfactory performance of the job or demonstrated incapacity to perform the job. The employer may impose requirements which are reasonably necessary for safe, efficient and satisfactory performance of the job. For example, a receptionist must be able to communicate effectively, so if a disability prevents an individual from doing so, he or she is not eligible for the job.

An employer must also:

1) determine an individual's performance or capacity to perform based on assessments which do not reflect stereotyped assumptions, although differentiation on the basis of a prohibited ground may be acceptable in certain circumstances.

2) avoid any discriminatory effect of an employment practice unless this would not be reasonable in the particular circumstances (to date referred to as "reasonable accommodation").

2. PRACTICES WHICH ARE NOT BASED ON A BONA FIDE OCCUPATIONAL REQUIREMENT

In the opinion of the Commission, employment practices are not based on a bona fide occupational requirement where they:

(a) require an individual to be eligible to participate in an employer's group insurance, pension or other benefit plan;

(b) assess an individual's performance or capacity to perform incidental components rather than essential components of the job in question;

(c) impose a requirement based on co-worker or customer preference not related to an individual's performance of or capacity to perform the job;

(d) impose a requirement based solely on a contract with a third party.

This section makes explicit that certain practices which often occur in employment situations are not acceptable.

The Commission continues to believe that reliance on lack of insurance coverage, or on the preferences of others which are not related to actual capacity, is not acceptable.

The Commission will also not accept a defence based on incidental job components or the terms of a collective agreement. In Etobicoke, the Supreme Court of Canada clearly determined that reliance on the terms of a collective agreement per se did not make an occupational requirement bona fide. This also applies to reliance on terms of other contracts, such as one for an independent contractor.

C. ELABORATION OF TERMS USED IN POLICY

1. PERFORMANCE OF THE JOB

1.1 Essential Components of a Job

1.1.1 Essential components of a job are those job duties which are fundamental to the purpose of the job.

A key element of the bona fide occupational requirement policy is that individuals should be assessed on their performance of, or capacity to perform, essential components of the job. The general meaning of "essential component" is given (in C 1.1.1), as well as a limitation to that meaning (in C 1.1.2).

1.1.2 A requirement that an individual perform or have the capacity to perform a job other than the job in question is an essential component of the job in question only if the capacity to perform the other job is essential to the furtherance of an established corporate policy which is:

(a) reasonably necessary to the essence of the employer's organization; and

(b) implemented, as shown by data indicating the degree of employee mobility within the employer's organization.

Some employers, particularly those who run a specialized operation, have indicated that they must be able to promote employees from within. Employers also stress their need to shift employees back and forth among several jobs. For example, an employer may need a general labourer in a train yard to be capable of both learning a trade and working on the tracks if an emergency arises.

So that requirements for lateral or vertical job mobility do not act as systemic barriers to the employment of disabled persons, they are treated as an essential component of the particular job in very limited circumstances. Of course, they are subject to the same conditions regarding assessment and individualized reasonable modifications as other essential components.

To ensure that employers do not arbitrarily require a capacity to perform other jobs, the Commission's policy states that such requirements must be pursuant to a corporate policy which is reasonably necessary to the essence of the employer's organization. The corporate policy must also be backed up by data which shows that the policy is actually implemented; that is, the requirement must occur in real life, not just on paper.

1.2 Safe Performance

While it is reasonable to require that the individual perform a job in a safe manner, the mere presence of some safety risk should not result in the denial of a job, because every activity in life poses some risk. Requirements based on safety are frequently discriminatory, as they are often based on statistical probabilities of the class to which the individual belongs.

Individuals ought not to be deprived of a job unless the risk posed by members of their class is unacceptably high and significantly greater than the risk posed by members of other classes. This concept of differentiation on the basis of a class is discussed in the section on "Differentiation on the Basis of a Prohibited Ground of Discrimination" (C 2.4).

A decision on the degree of risk posed involves two determinations. One is factual and considers the likelihood of the risk being realized and the damage/injury which could result if it were realized. The other is a philosophical or moral determination of the acceptability of that level of safety risk.

1.2.1 A requirement that an individual not pose a risk to the public or to co-workers is bona fide only if the risk is unacceptably high, that is:

(a) the nature of the injury which may result from the risk is sufficiently serious; and

(b) the probability of the injury occurring is sufficiently high.

The interim policy recognizes that human lives and dignity are more important than money or property. Therefore, it will be easier to impose a bona fide occupational requirement where the safety risk is to other persons than where the safety risks have economic consequences. However, an individual should not be denied a job because of safety risks solely to the individual. An individual's dignity will only be realized if individuals are allowed to determine for themselves whether to take a safety risk which affects only themselves.

1.2.2 A requirement that an individual not pose a risk to the employer's organization, either directly through physical damage to property or indirectly through the economic damage which would likely result from injury to persons, is bona fide only if the risk is unacceptably high, that is:

(a) the cost to the employer of the damage which may result from the risk will have a significant effect on the employer; and

(b) the probability of the damage occurring is sufficiently high.

1.2.3 A requirement that an individual not pose a risk solely to himself or herself is bona fide only if:

(a) the employer explained the nature of the risk and the likelihood of its occurrence to the individual or to the individual's guardian; and

(b) the individual or the individual's guardian did not understand the nature of the risk and the likelihood of its occurrence.

Because this issue has not been decided by the courts, the Commission's position is based on the following arguments:

1) in many cases outside the context of the Act, persons are allowed to accept safety and health risks which are inherent to the job (for example, high rise construction work);

2) our pluralistic and democratic society values the right of individuals to make personal decisions which do not adversely affect others;

3) all disabled individuals, in order to lead meaningful lives, assume daily risks and if the notion of protecting them against risks to self were carried to its logical conclusion, they would be completely segregated and dependent on social assistance.

A decision to take a risk must be an informed one. Therefore, the policy requires that employers explain the risks to the individual and that the individual understand these explanations. Individuals who might not understand are those who have a mental disability or who do not understand the language in which the explanation is given or who are too young to understand.

1.3 Reliable Performance

A requirement that an individual perform or have the capacity to perform reliably is bona fide only if the individual is required to perform or to have the capacity to perform:

(a) safely and efficiently under all circumstances which are reasonably likely to occur on the job; or

(b) for any specified period of time which is reasonably necessary

(i) for safe and efficient performance of the job in question; or

(ii) for the employer to amortize the hiring and training costs.

The requirement that an employee perform reliably recognizes that employers are often concerned not with an individual's capacity to perform once or occasionally but with consistent performance under all circumstances reasonably likely to occur on the job.

"Reliable performance" connotes performance both on a day-to-day basis, and on a future basis where this is necessary to prevent disruption of the employer's business.

There are various reasons an employer may have concerns regarding staff turnover. A minimum period of time may be necessary for reasonable amortization of the hiring and training costs. It may also be necessary when an individual needs time to acquire the capacity to perform the job safely and efficiently, or when an individual is required to work on a specific project of a finite duration.

2. ASSESSMENT OF PERFORMANCE OR CAPACITY TO PERFORM

If the only acceptable defence is based on an individual's capacity to comply with reasonably necessary requirements of the job, the employer must be able to assess an individual's capacity to do the job. Assessment procedures which have a discriminatory effect and are not relevant indicators of an individual's capacity to perform are not acceptable. The interim policy outlines certain non-discriminatory manners in which to conduct assessment procedures that tend to disclose personal information related to a prohibited ground of discrimination.

2.1 Capacity

An individual's capacity to perform the essential components of the job is measured by his or her capabilities and limitations.

The policy uses the word "capacity" to include both capabilities and limitations, and to avoid the converse of ability, which is disability.

2.2 Types of Assessment Procedures

Assessment procedures include any oral questions and interviews, written questions and tests, functional tests, training programs, probationary periods, medical examinations, investigations of a candidate's status with respect to national security requirements or other requirements related to, inter alia, moral character, absence of criminal record, or any other procedures which form the basis for an assessment of an individual's capacity.

2.3 Manner in Which Assessment Procedures Are To Be Conducted

2.3.1 Assessment procedures accurately assess an individual's capacity only if:

(a) they evaluate the extent to which the individual possesses capabilities reasonably necessary for or limitations likely to impair safe, efficient and reliable performance of the job; and

(b) such evaluations are valid.

2.3.2 An assessment procedure is in accordance with this policy only if:

(a) it is administered to all candidates or to all individuals offered the job, as the case may be, although it may be varied or additional procedures may be conducted for a particular individual where a procedure already conducted has demonstrated that such variation or additional procedure is reasonably necessary to effectively determine

(i) the extent to which the individual has a capability reasonably necessary for safe, efficient and reliable performance of the job; or

(ii) whether an individual has a limitation which is likely to impair safe, efficient and reliable performance of the job; and

The policy requires that any assessment procedure must validly evaluate the extent to which the individual possesses capabilities or limitations (whether physical, mental or interpersonal) reasonably likely to affect safe, efficient and reliable performance. Employers are not required to set minimum standards for assessment because "minimum" suggests lesser, a word which perpetuates misconceptions about individuals who differ from the norm, and which suggests conflict with the merit principle.

To ensure that assessment procedures are not given on a selective and discriminatory basis, any assessment procedure should be administered to all candidates. However, they may be varied or additional procedures may be conducted.

This is consistent with the Commission's policy on modifying the administration of such procedures to avoid discriminatory effects. It is also practical. Identical procedures might increase costs and waste the time of the employer and the individual. For example, it is one thing to require that all individuals applying for a job involving frequent lifting of heavy objects must undergo a medical examination, but is is another to require that they all be sent to an orthopedic specialist if an initial examination has not revealed that this is necessary.

It is emphasized that more detailed examinations are acceptable only when the examinations already conducted have revealed that they are necessary to evaluate capacity to perform the job. This is to discourage employers from conducting preliminary detailed examinations on the basis of stereotyped assumptions rather than the reality of a spectrum of ability. For example, it is not acceptable for an employer to require an applicant missing two digits on each hand to write several paragraphs when it is only the individual's appearance which caused the employer to question the individual's writing ability.

(b) in the case of a medical examination or investigation of a candidate's status with respect to national security requirements or other requirements related to, inter alia, moral character, absence of criminal record

(i) it is conducted only after a written offer of the job which may be conditional on completion of the investigation or the medical examination; or

(ii) it is conducted in a manner which ensures that the only information disclosed, without the express consent of the individual, to persons making decisions concerning the employment opportunities of the individual is that which is reasonably necessary to determine the extent to which the individual has the capacity to perform the job safely, efficiently and reliably.

Medical examinations and investigations of such criteria as security risk ought to be conducted with particular care. The policy presents employers with two options for ensuring that discrimination does not occur. Employers may conduct these tests after a selection decision. This is a strong safeguard against unnecessary invasions of privacy, and against the resultant information unfairly affecting employment opportunities.

However, some employers may have a valid reasons for wanting to conduct a medical examination or investigation before conditionally selecting an individual. For example, if a company gives a functional test of physical fitness, it may want persons to undergo a preliminary examination to ensure that they are capable of taking the functional test. Therefore, the policy departs from previous Commission policy and allows employers to conduct medical examinations or investigations prior to completing the selection procedure, provided that information irrelevant to the employment decisions is not disclosed.

For example, if an individual has epilepsy but it is under control, a physician ought not to reveal the individual's epileptic condition to the person making the hiring decision. However, if an individual has epilepsy which is not under control and must perform a duty which affects the safety of others, this could be disclosed by a physician because the epileptic condition is probably relevant to an employment decision. While disclosure of such relevant information may result in the individual not obtaining the job, it also provides the employer with another opportunity to examine whether the particular job function could be eliminated or could be accomplished in a different manner which would lessen or eliminate the individual's limitation.

(c) in the case of a requirement that the individual indicate whether he or she has any particular characteristics which would impair his or her capacity to perform

(i) the employer has indicated the capabilities reasonably necessary for and limitations likely to impair safe, efficient and reliable performance; and

(ii) the employer has indicated a willingness to make reasonable modifications to the job, the assessment procedure, the equipment or the working environment if the characteristic is directly related to a prohibited ground of discrimination.

Questions regarding limitations on capacity to do the job are also particularly likely to disclose personal information related to a prohibited ground of discrimination. In exceptional circumstances (discussed in C 2.4) it may be acceptable to ask someone directly about a prohibited ground of discrimination. Generally, the questions should be directed to whether the individual is capable of performing certain job duties. This is consistent with the principle of self-identification.

To ensure that the individual understands the job duties, employers could ask specific questions such as "can you communicate effectively over a standard phone?" and "are you allergic to wheat?". Questions may be varied to meet the situation but must not be based on stereotyped assumptions. On the premise that an individual is more likely to tell the truth if the employer appears reasonable, an employer should state that it is willing to accommodate a person's need or obligation which is related to a prohibited ground of discrimination.

2.4 Differentiation on the Basis of a Prohibited Ground of Discrimination

Notwithstanding the above, the employer may differentiate on the basis of a prohibited ground of discrimination only if:

(a) the differentiation is reasonably necessary to the essence of the employer's organization; and either

(b) the employer has an objective basis for believing

(i) that all or substantially all persons subject to such differentiation have significantly less capacity than other persons to perform the essential components of the job safely, efficiently and reliably; and

(ii) that there is no simple or inexpensive way of determining those few who have significantly greater capacity or than the rest of the group; or

(c) the employer has an objective basis for believing

(i) that some persons subject to such differentiation have significantly less capacity than other persons to perform the essential components of the job safely, efficiently and reliably; and

(ii) that the identification of such persons on an individualized basis is impossible or would necessitate costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the employer.

It is a fundamental human rights principle that decisions should not be based on stereotyped, class-based assumptions. However, in Etobicoke the Supreme Court of Canada recognized that at times differentiation on the basis of a prohibited ground of discrimination may be acceptable.

Conditions under which it would be acceptable to differentiate were outlined by the Federal Court of Appeal in Air Canada v. Air Carson et al. It ruled Air Canada had not met the conditions under which it would be allowed to restrict its hiring of pilots in training to those under 27 years of age.

The court looked to a U.S. test which puts the onus on the employer to prove two points:

1) that the qualification is reasonably necessary to the essence of its business;

2) that there is a factual basis for believing either that all or substantially all persons in the excluded group would be unable to perform safely and efficiently, or that some persons in the excluded group are unable to perform and it is impossible or impractical to identify such persons on an individual basis.

The Commission policy elaborates on this test by:

1) explaining [in b(i) and c(i)] circumstances in which a person is "unable" to perform;

2) providing [in b(ii)] that where an employer can individually test without significant inconvenience and expense, it should do so even if only a few members of the excluded group can perform;

3) explaining [in c(ii)] circumstances in which it is "impractical" for a company to differentiate.

2.5 Disclosure of Information Related to a Prohibited Ground of Discrimination

An employer may:

(a) require individuals to disclose personal information related to a prohibited ground of discrimination only where

(i) such information is reasonably necessary for the administration of payroll deductions or benefits; and

(ii) such information is required only after the individual has commenced employment; and

(iii) such information is kept confidential and does not affect the employment opportunities of the individual without the express consent of the individual;

(b) request individuals to voluntarily disclose their identification with a prohibited ground of discrimination only where

(i) such information is reasonably identified as necessary for adopting and carrying out a special program, plan or arrangement pursuant to section 15 of the Act, or for otherwise adapting practices which have a discriminatory effect related to a prohibited ground of discrimination; and

(ii) such information is kept confidential and does not affect the employment opportunities of the individual without the express consent of the individual.

The Commission encourages the collection of information necessary for benefit or payroll purposes (for example, next of kin or persons to be covered by health insurance, which would reveal marital and/or family status), and data necessary for the planning and implementation of affirmative action and equal opportunity programs (for example, the percentage of visible minority employees). It is the abuse of personal information which is offensive.

The Commission wants to ensure that information collected for these purposes not unfairly influence decisions regarding employment opportunities of the individual. Disclosure, without the express consent of the individual, to persons making decisions regarding the employment opportunities of individuals is not acceptable.

Information needed for benefit or payroll purposes, is not needed until after employment has commenced and therefore it would be reasonable to provide extra protection by imposing this condition. However, data regarding applicants is often necessary for the effective planning and implementation of an affirmative action or equal opportunity program. The policy allows employers to request that this information be voluntarily disclosed.

3. AVOIDANCE OF DISCRIMINATORY EFFECTS

Standard practices which have traditionally governed employment need to change to reflect more accurately the spectrum of the labour force rather than focusing on the hypothetical "average" employee. For example, it is not appropriate to design safety equipment which will protect only someone who is 1.8 metres tall and weights 85 kilograms, as many women and visible minorities do not meet this standard.

Even when the norms have shifted, application of the standard practices may result in an individual protected under human rights statutes being denied or affected adversely in job opportunities. Employers should avoid these adverse effects by modifying their practices for an individual if this would be reasonable in the particular circumstances. However, employees and applicants also have a duty to identify their needs and to verify them if requested to do so by the employer.

The principle that discriminatory effects of a practice on an individual should be avoided has many applications to the employment area. For example, an office could be modified to accommodate a wheelchair or a dress code could be varied to accommodate needs and obligations arising from an individual's religion.

The terms "reasonable accommodation" and "undue hardship" are not used in the policy. While the phrase "reasonable accommodation without undue hardship" is widely used in the human rights field, some consider it a contradiction in terms. Further, "accommodation" is used in a totally different manner in section 6 of the Act and the only legislative basis for "undue hardship" is subsection 41(4).

Subsection 41(4) relates solely to the ground of disability and concerns adaptations for buildings and facilities in general rather than individualized modifications. While it indicates that costs or business inconvenience may constitute undue hardship, it does not specify the level or extent necessary for the hardship to be considered undue.

At present the only legislative basis for the concept of reasonable accommodation in employment is that, as part of the bona fide occupational requirement defence, employers must show that they exercised reasonable care to avoid discrimination. Canadian judiciary has applied this concept, with similar terminology, in its interpretation of duties imposed by statutes of a criminal nature.

3.1 Self-Identification and Verification

There is no duty to avoid a discriminatory effect of a practice on an individual:

(a) (i) where the need for avoidance was not reasonably apparent; and

(ii) where the disclosure of personal information related to a prohibited ground of discrimination is reasonably necessary to avoid a discriminatory effect and an individual did not disclose such information; and

(iii) where the employer did not communicate, directly or by implication, that it was not willing to avoid the discriminatory effect; or

(b) if requested to do so by the employer, the individual did not provide reasonable verification that the individual's need is directly related to a prohibited ground of discrimination.

Organizations representing disabled persons want disabled persons to be responsible for identifying their needs because this is consistent with the principle of self-determination, which they firmly endorse. Another argument for self-identification is that disabled persons should know their needs and obligations better than anyone else. Identification by others would probably be more expensive and less accurate. Finally, it would not be fair to hold employers accountable even when they were not aware of an individual's needs or obligations.

Therefore, the policy provides that individualized modifications need not be provided if the individual does not self-identify. However, the request may be implied rather than explicit. This is consistent with general legal principles. An individual is not required to make a request where it is clear that to do so would be futile. Because this is an exception to the general principle of self-identification, it is likely to be narrowly interpreted. Of course, the employer will not have discriminated if it would not have been reasonable to modify the standard practice.

Once the individual has self-identified a need or obligation related to a protected ground, the next issue is verification. To grant what may be seen as a privilege to some employees might cause resentment among other employees or claims that they also should receive this modification (for example, flexibility in working hours to accommodate the tenets of a religion, or a special chair to accommodate a back problem). Therefore, employers may require that verification be provided for any request. This is consistent with the manner in which any other requests by an employee for special treatment are handled.

3.2 Situations Where Avoidance Would Not Be Reasonable

The limits on the duty to avoid any discriminatory effect of a practice on an individual are where avoidance would necessitate:

(a) eliminating or fundamentally altering an essential component of the job, or selection procedure in question; or

There are six major circumstances where modifications to avoid a discriminatory effect would be unreasonable. The first is where they would alter the fundamental nature of the job. To require employers to do this would in effect require them to provide another job rather than the same one in a different manner. The unreasonableness of such a requirement was recognized by the Supreme Court of the United States in Southeastern Community College v. Davis.

(b) making unreasonable demands upon co-workers; or

A second circumstance is where the modifications would necessitate making unreasonable demands on co-workers. This envisages an examination of whether the terms in such contracts are reasonable. It is, therefore, to be distinguished from reliance on collective agreements or other contracts per se which, as stated in B 2(d), is not an acceptable practice.

(c) modifying any premises or equipment which the employer plans to adapt substantially where such plans include adaptations to ensure equal opportunity in employment and the costs of the modifications could not reasonably be amortized before the planned substantial adaptations; or

A third situation responds to the concern of employers that they might be required to retrofit immediately or to retrofit when they are occupying rented premises or using rented equipment. It is generally not reasonable to require changes involving a major capital cost to be made within a short period of time, because the costs could not reasonably be amortized. However, employers should develop realistic plans for making the necessary adaptations.

(d) posing risks of an unacceptably high level, as determined in accordance with this policy, to co-workers, the public or the employer's organization; or

(e) organizational inconvenience which has a significant effect on the employer; or

The last three circumstances are where the modifications cause either a safety risk which is unacceptably high or costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the employer. The term "significant effect" is a realistic middle ground between de minimus costs, and the American standard of unreasonable modifications as only those which undermine the essence of the employer's operation. This term also emphasizes that the reasonableness of the modification is to be determined in each particular case.

(f) a significant loss in capacity to earn revenues or costs which have a significant effect on the employer, which are to be determined by considering, inter alia:

(i) any future costs likely to result from the avoidance of the discriminatory effect;

(ii) any penalties likely to be imposed pursuant to legislation if its mandatory provisions were not met in order to avoid a discriminatory effect;

(iii) any increase in productivity or revenues, likely to result from the avoidance of the discriminatory effect;

(iv) the savings likely to result if the employer availed itself of any tax exemptions or government grants or subsidies;

(v) the ability of the employer to absorb the loss in capacity to earn revenues or the higher costs, including the size, essence, structure and budget of the employer's organization.

The policy provides guidance as to the criteria for determining if the financial effects are significant. One criterion is the future costs likely to be incurred if the initial avoidance was only for the individual in question. This takes into account the precedent which a particular avoidance might set, a point emphasized by employers.

Also relevant are penalties imposed pursuant to other legislation, improved productivity and the costs and benefits of tax exemptions, government grants or subsidies. The latter factors highlight that avoidance of discriminatory practices can be viewed as sound corporate policy and that government, as well as business, has a role to play in increasing the opportunities for disadvantaged groups to fully participate in the workforce.

Finally, of major importance is the ability of the employer to absorb the costs. This more general criterion eliminates the need for any reference to distinctions between the public and private sector. The Commission believes that generalizations about employers are no more appropriate than generalizations about disabled persons.

4. OBJECTIVE BASIS

The Commission's policy closely follows the approach and terminology in Etobicoke. It also delineates limitations on the duty to obtain certain types of evidence and endorses the concept that the defences are not static but vary over time and with changing technological circumstances.

4.1 An objective basis for an employment practice exists only if the following have been considered:

(a) existing scientific data, empirical data or expert opinions; and

(b) the detailed nature of the duties to be performed; and

(c) the conditions existing in the work place; and

(d) the effect of such conditions on employees, particularly employees of the individual's race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, or with the same disability or conviction for which a pardon has been granted.

In Etobicoke the Supreme Court of Canada specifically stated that it would be unwise to lay down specific rules regarding the nature and sufficiency of the evidence which must be adduced to establish that a requirement is reasonably necessary. It did specify that in dealing with the question of mandatory retirement:

> "the evidence should cover the detailed nature of the duties to be performed, the conditions existing in the work place, and the effect of such conditions upon employees, particularly upon those at or near the retirement age sought to be supported."

These criteria can be adapted to other occupational requirements alleged to be bona fide, as well as to other grounds.

4.2 The reason for an employment practice is less likely to be objective where it is based on impressionistic opinions than where it is based on valid scientific data, empirical data or expert opinions, including specific legislative safety standards, particularly where the employer has had the opportunity to conduct the experiments, research or examinations necessary to obtain such data or opinions.

The court also made it clear that while expert opinion and/or scientific or empirical evidence is more persuasive and must be produced where available, "impressionistic" evidence from experienced officials may be acceptable where the other evidence is not available.

The Commission thinks that expert opinion and scientific or empirical research which is not valid should be no more persuasive than "impressionistic" evidence. The necessity for an explicit statement to this effect is demonstrated by a British Columbia case, David Andrachiw v. The Corporation of the District of Burnaby, in which the employer was allowed to rely on an independent medical opinion which was incorrect.

4.3 An employer is not required to experiment with the safety of its employees or of the public, or to incur costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the employer, in order to obtain valid scientific data, empirical data or expert opinions.

Etobicoke did not resolve whether employers are merely required to adduce existing objective evidence or whether they have a duty to conduct tests and research to obtain objective evidence. The Commission's policy does not allow a requirement to be perpetually justified on the basis of subjective evidence.

On the other hand, it recognizes other values and constraints by placing limitations on this duty to obtain objective evidence. The principle, developed in Hodgson v. Greyhound Lines Inc., that employers should not be required to experiment with the safety of the public to produce scientific or empirical evidence is expanded to include the safety of employees other than the individual as well as costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the employer.

III BONA FIDE JUSTIFICATION

INTERIM POLICY

EXPLANATORY NOTE

A. FRAMEWORK

1. BASIS OF THE POLICY

The policy is based on those provisions of the Canadian Human Rights Act which delineate the bona fide justification exception, the discriminatory practices in the provision of goods, services, facilities or accommodation, and the prohibited grounds of discrimination, and on certain governing principles.

The interim policy must be placed in its correct legislative and conceptual context so that it is read, interpreted and applied appropriately. The principles set out in the interim policy are designed to avoid basic misunderstandings about the policy.

1.1 Legislative Basis

The provisions of the Canadian Human Rights Act which form the basis of the policy are:

"3.(1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

5. It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination.

Amendments to the Canadian Human Rights Act, proclaimed 1 July 1983, expand protection against discrimination in employment and the provision of goods, services, facilities or accommodation to all disabled persons.

Unlike employement, people have the right to obtain publicly available goods, services, facilities or accommodation provided that they meet reasonably necessary conditions. It is logical, and consistent with legal principle in the fields of transportation and accommodation, to restrict the circumstances in which goods and services could be denied.

Unlike employment, where decisions are primarily based on individual merit, the degree to which the individual can comply with service requirements is usually not relevant - all that matters is whether the individual can or cannot comply. For these reasons, purveyors should not focus on assessment of the individual but on assessment of whether their terms or conditions are reasonably necessary for effective delivery to all members of the general public.

6. It is a discriminatory practice in the provision of commercial premises or residential accommodation

(a) to deny occupancy of such premises or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination.

14. It is not a discriminatory practice if:

(g) in the circumstances described in section 5 or 6, an individual is denied any goods, services, facilities or accommodation or access thereto or occupancy of any commercial premises or residential accommodation or is a victim of any adverse differentiation and there is a bona fide justification for that denial or differentiation."

First, the complainant must establish a prima facie case of discrimination. This involves showing that there are reasonable grounds for believing that, based on a prohibited ground of discrimination, the complainant has suffered either differential treatment or an adverse effect due to the application of a purveyor's rule or standard practice.

Next, the purveyor has an opportunity to defend itself. The purveyor's defence could entail demonstrating that its action was not based on a prohibited ground of discrimination but rather on legitimate business reasons (for example, requiring a fee for service), or that a provision of the Canadian Human Rights Act, its regulations or guidelines allow the purveyor to base its action on a prohibited ground of discrimination.

1.2 Governing Principles

The principles enunciated below govern the application of this policy:

(a) the Canadian Human Rights Act has been enacted by the Parliament of Canada for the benefit of the public and should be given a large and liberal interpretation and exceptions to its general rule should be narrowly construed;

Because the Commission and other statutory human rights agencies have greater experience with the bona fide occupational requirement defence, the bona fide justification interim policy draws on concepts developed in employment situations. As experience with cases of discrimination in the provision of goods, services, facilities or accommodation increases, the appropriateness of applying these concepts to such situations will be re-examined.

(b) an individual's human rights do not have to be earned;

(c) an individual's human rights must be balanced against a purveyor's right to make decisions regarding the efficient functioning of an organization;

(d) the right to equal opportunity in the provision of goods, services, facilities or accommodation mean the right to effective delivery, particularly the right to effective delivery of government services and of services such as communications, banking and transportation which are necessary to enable an individual to make for himself or herself the life which he or she is able and wishes to have;

(e) delivery is equally effective only when it provides the individual with the same benefit from the goods, services, facilities or accommodation as that provided to other customers and is provided in the most integrated setting appropriate to the capacities of the individual;

(f) to treat all individuals in exactly the same way may result in some individuals being denied or adversely differentiated in relation to the provision of goods, services, facilities or accommodation for reasons related to a prohibited ground of discrimination;

(g) terms and conditions governing the provision of goods, services, facilities or accommodation whose effect is unrelated to a prohibited ground of discrimination are not discriminatory;

Principle (b) requires some explanation. The Canadian Human Rights Act does not provide different levels of protection for customers and prospective customers, because the human rights of individuals must not depend upon their status. This would be tantamount to stating that rights must be earned. Because the crux of discrimination is that members of disadvantaged groups are not given an equal opportunity to become customers, to require that rights be earned could simply perpetuate discrimination.

(h) a term or condition will only constitute bona fide justification if it is imposed honestly, in good faith, without ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which defeat the purposes of the Act, and in an honestly held belief, which has an objective basis, that it is reasonably necessary for effective delivery of the goods, services, facilities or accommodation to the general public;

(i) the existence of an objective basis will depend upon the particular circumstances of the case, including the technology available and the time which the purveyor had to obtain expert opinion, scientific data or empirical data to support the term or condition;

(j) purveyors should not seek to justify a decision with information learned after making the decision;

(k) practices based on a prohibited ground of discrimination rather than an individual's own capacity should be the exception rather than the rule;

(l) purveyors have a duty to avoid any discriminatory effect of a practice on an individual if they can reasonably do so in the circumstances;

(m) the avoidance of a discriminatory effect of a practice on an individual may entail a different allocation of resources but should not necessitate either fundamental alteration of the nature of the goods, services, facilities or accommodation, or significant costs, organizational inconvenience or safety risks to other persons or the purveyor's organization;

(n) the concern for safety must be balanced against the right of the individual to chose to take a risk which affects only the individual and against a recognition that any delivery of goods, services, facilities or accommodation entails some risk.

2. ROLE OF THE POLICY

The policy provides criteria for determining whether, in the particular circumstances of the case, a purveyor has bona fide justification for denial or adverse differentiation in the provision of goods, services, facilities or accommodation. The policy applies equally to prospective customers, current customers and former customers. The policy is to be applied in a restrictive manner, particularly where the concern is for cost or organizational inconvenience rather than for the safety of persons other than the individual. However, the policy does not affect decisions regarding the functioning of an organization whose effect is unrelated to a prohibited ground of discrimination.

The Act is effective only to the extent that it is well understood, widely supported, and efficiently and consistently administered. The Canadian Human Rights Commission believes that policy statements and guidelines greatly assist in accomplishing these goals.

The interim policy does not lay down detailed rules. Rather, it identifies criteria which are to be consistently and reasonably applied to the facts of each particular case. The policy focuses on the establishment of practices which comply with the rule of the Act, rather than how to establish a defence once a complaint is initiated.

B. KEY CONCEPTS

The policy does not require purveyors to provide goods or services to individuals who do not have who do not have the capacity, or have significantly less capacity, to comply with reasonably necessary terms and conditions of service. The policy defines the parameters within which an individual's compliance or capacity to comply is to be considered.

1. CONDITIONS FOR ESTABLISHING A BONA FIDE JUSTIFICATION

In the opinion of the Commission, there is bona fide justification for denial or adverse differentiation in the provision of any good, service, facility or accommodation where:

(a) the individual does not comply or does not have the capacity to comply with the terms and conditions reasonably necessary for the safe and effective delivery of the good, service, facility or accommodation to individuals of any race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status or with any disability or conviction for which a pardon has been granted; and

(b) in the particular circumstances it is not reasonably possible to avoid any discriminatory effect of the term or condition on the individual.

The only acceptable defence is one based on the individual's non-compliance or incapacity to comply with requirements reasonably necessary to provide safe and effective delivery of the good or service.

The policy states that effective delivery of the good or service will not be provided where denial or provision in an alternative manner is based on stereotyped assumptions, although differentiation on the basis of a prohibited ground may be acceptable in certain circumstances.

The policy also requires any discriminatory effect of a practice of the purveyor to be avoided unless this would not be reasonable in the particular circumstances (to date referred to as "reasonable accommodation").

2. PRACTICES WHICH DO NOT CONSTITUTE BONA FIDE JUSTIFICATION

In the opinion of the Commission the following practices do not constitute bona fide justification:

(a) denial or adverse differentiation on the basis that an individual is not covered by the purveyor's liability or other insurance plan where the individual could be covered without costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the purveyor;

(b) a denial or adverse differentiation on the basis that an individual does not comply or does not have the capacity to comply with incidental terms and conditions;

(c) a requirement based on employee or customer preference not related to an individual's compliance or capacity to comply with reasonably necessary terms and conditions; or

(d) the imposition of a requirement based solely on a private contract with a third party.

This section makes explicit that certain practices which often occur in real life, are not acceptable.

One such practice is reliance on lack of insurance coverage to justify denial or adverse differentiation. This is a systemic barrier, but a blanket prohibition on this practice is not appropriate because purveyors do need liability insurance. Insurance can always be purchased, for a price, so the only case in which lack of insurance coverage should be a defence is where the costs would have a significant effect on the purveyor.

The Commission will also not accept a defence based on incidental requirements, the preference of others which are not related to actual capacity, or the terms of a collective agreement. In Etobicoke, the Supreme Court of Canada clearly determined that reliance on the terms of a collective agreement per se did not justify a discriminatory practice. This also applies to reliance on terms of other contracts, such as one for an independent contractor.

C. ELABORATION OF TERMS USED IN POLICY

1. SAFE DELIVERY

While it is reasonable to require that the individual obtain goods or services in a safe manner, the mere presence of some safety risk should not result in the denial of goods or services, because every activity in life poses some risk. Requirements based on safety are frequently discriminatory, as they are often based on statistical probabilities of the class to which the individual belongs.

Individuals ought not to be deprived of a goods or services unless the risk posed by members of their class is unacceptably high and significantly greater than the risk posed by members of other classes. This concept of differentiation on the basis of a class is discussed in the section on "Differentiation on the Basis of a Prohibited Ground of Discrimination" (C 2.1).

A decision on the degree of risk posed involves two determinations. One is factual and considers the likelihood of the risk being realized and the damage/injury which could result if it were realized. The other is a philosophical or moral determination of the acceptability of that level of safety risk.

1.1 A requirement that an individual not pose a risk to the public, to other customers or to employees, is bona fide only if the risk is unacceptably high, that is:

(a) the nature of the injury which may result from the risk is sufficiently serious; and

(b) the probability of the injury occurring is sufficiently high.

The interim policy recognizes that human lives and dignity are more important than money or property. Therefore, bona fide justification will be easier to establish where the safety risk is to other persons than where the safety risks have economic consequences. However, an individual should not be denied a job because of safety risks solely to the individual. An individual's dignity will only be realized if individuals are allowed to determine for themselves whether to take a safety risk which affects only themselves.

1.2 A requirement that an individual not pose a risk to the purveyor's organization, either directly through physical damage to property or indirectly through the economic damage which would likely result from injury to persons, is bona fide only if the risk is unacceptably high, that is:

(a) the cost to the purveyor of the damage which may result from the risk will have a significant effect on the purveyor; and

(b) the probability of the damage occurring is sufficiently high.

1.3 A requirement that an individual not pose a risk solely to himself or herself is bona fide only if:

(a) the purveyor explained the nature of the risk and the likelihood of its occurrence to the individual or to the individual's guardian; and

(b) the individual or the individual's guardian did not understand the nature of the risk and the likelihood of its occurrence.

Because this issue has not been decided by the courts, the Commission's position is based on the following arguments:

1) in many cases outside the context of the Act, persons are allowed to accept safety and health risks which are inherent to the job (for example, flying in a super light aircraft);

2) our pluralistic and democratic society values the right of individuals to make personal decisions which do not adversely affect others;

3) with respect to disabled individuals, in order to lead meaningful lives, risks are assumed daily by them and if the notion of protecting them against risks to self were carried to its logical conclusion, they would be completely segregated and dependent on social assistance.

A decision to take a risk must be an informed one. Therefore, the policy requires that purveyors explain the risks to the individual and that the individual understand these explanations. Individuals who might not understand are those who have a mental disability or who do not understand the language in which the explanation is given or who are too young to understand.

2. EFFECTIVE DELIVERY

2.1 Differentiation on the Basis of a Prohibited Ground of Discrimination

2.1.1 Denial of any good, service, facility or accommodation on the basis that an individual does not have the capacity to comply with reasonably necessary terms and conditions may be determined on the basis of a prohibited ground of discrimination rather than an individual's own capabilities and limitations only if:

(a) the differentiation on the basis of a prohibited ground of discrimination is reasonably necessary to the essence of the purveyor's organization; and either

(b) the purveyor has an objective basis for believing

(i) that all or substantially all persons subject to such differentiation have significantly less capacity than other customers to safely comply with reasonably necessary terms and conditions; and

(ii) that there is no simple or inexpensive way of determining those few who do have significantly greater capacity than the rest of the group; or

(c) the purveyor has an objective basis for believing

(i) that some persons subject to such differentiation have significantly less capacity than other customers to safely comply with reasonably necessary terms and conditions; and

(ii) that the identification of such persons on an individualized basis is impossible or would pose costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the purveyor.

It is a fundamental human rights principle that decisions should not be based on stereotyped, class-based assumptions. However, in Etobicoke the Supreme Court of Canada recognized that at times differentiation on the basis of a prohibited ground of discrimination may be acceptable. The differentiation may take one of two forms - either a denial of goods or services, or provision in an alternative (parallel) manner.

The policy is based on an American test, applied by the Federal Court of Appeal in Air Canada v. Carson et al., which puts the onus on the employer to prove two points:

1) that the qualification is reasonably necessary to the essence of its business;

2) that there is a factual basis for believing either that all or substantially all persons in the excluded group would be unable to comply safely, or that some persons in the excluded group are unable to comply and it is impossible or impractical to identify such persons on an individual basis.

This test is applied to bona fide justification, with some modifications. The policy elaborates on the test and the circumstances in which it is acceptable to provide goods or services in an alternative manner.

The policy elaborates on the test by:

1) explaining [in b(i) and c(i)] circumstances in which a person is "unable" to comply;

2) providing [in b(ii)] that where a purveyor can individually test without significant inconvenience and expense, it should do so even if only a few members of the excluded group can comply;

3) explaining [in c(ii)] circumstances in which it is "impractical" for a purveyor to make an individualized decision about a person's capacity.

2.1.2 Differentiation on the basis of a prohibited ground of discrimination in the manner in which any good, service, facility or accommodation is provided is effective delivery only if it is in accordance with 2.1.1 or:

(a) the benefit obtained by those subject to such differentiation is substantially as good as or better than that provided to other customers; and

(b) the purveyor has an objective basis for believing

(i) that all or substantially all persons subject to such differentiation do not have the capacity to safely obtain the same level of benefit in an integrated setting, and

(ii) that there is no simple or inexpensive way of determining those few who do have significantly greater capacity than the rest of the group; or

(c) the purveyor has an objective basis for believing

(i) that some persons subject to such differentiation do not have the capacity to safely obtain the same level of benefit in an integrated setting, and

(ii) the identification of such persons on an individualized basis is impossible or would necessitate costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the purveyor.

An example of a parallel service is requiring disabled individuals who are seeking a federal service to go to a particular office while all other individuals may go to a number of offices. While this provides them with service in a "special" manner, it does not give them the option of deciding for themselves if they want it. Therefore, the "special" service must be justified in accordance with the bona fide justification policy.

A requirement that a good or service be obtained in an alternative manner may be justifiable where:

1) the purveyor meets the conditions outlined above and, rather than denying the good or service, chooses to provide it in a manner which may be less beneficial; or

2) the purveyor has an objective basis for believing that the alternative manner provides the same or greater level of benefit than if the good or service were provided in the customary manner, which should be determined in a fashion similar to that outlined above.

Such service will be rare. One example is that it may be acceptable for the regular bus shuttle service between an airport and downtown to not be accessible to persons with mobility impairments, if frequent door-to-door service in a smaller bus is provided, since disabled persons are still provided with transport to the airport and the alternative service is particularly beneficial in winter.

2.2 Disclosure of Personal Information Related to A Prohibited Ground of Discrimination

2.2.1 A purveyor may impose a requirement for disclosure of personal information related to a prohibited ground of discrimination only where such disclosure is reasonably necessary to differentiate in accordance with this policy.

2.2.2 A purveyor may request individuals to voluntarily disclose their identification with a prohibited ground of discrimination only where:

(a) such information is reasonably identified as necessary for adopting and carrying out a special program, plan or arrangement pursuant to section 15 of the Act, or for otherwise adapting practices which have a discriminatory effect related to a prohibited ground of discrimination; and

(b) such information is kept confidential and, without the express consent of the individual, does not affect the opportunities of the individual to obtain any goods, services, facilities or accommodation.

The Commission encourages the collection of personal information necessary for the planning and implementation of affirmative action and equal opportunity programs (for example, the percentage of disabled customers or customers under a certain age). It is the abuse of personal information which is offensive.

The Commission wants to ensure that information collected for these purposes not unfairly influence decisions regarding the provision of goods or services to the individual. Disclosure, without the express consent of the individual, to persons making such decisions is not acceptable.

3. AVOIDANCE OF DISCRIMINATORY EFFECTS

Standard practices which have traditionally governed the provision of goods and services need to change more accurately reflect the spectrum of the general public rather than focusing on the hypothetical "average" customer. For example, it is not appropriate to design safety equipment which will protect only someone who is 1.8 metres tall and weights 85 kilograms, as many women and visible minorities do not meet this standard.

Even when the norms have shifted, application of the standard practices may result in an individual protected under human rights statutes being denied or affected adversely in job opportunities. Purveyors can avoid these adverse effects by modifying their practices for an individual if this would be reasonable in the particular circumstances. However, customers also have a duty to identify their needs and, at times, to verify them.

An example of this principle in the goods and services area is that provision on an aircraft of a pork dinner to all passengers would be provision of an identical service, but not the same benefit, to passengers who do not eat pork for medical or religious reasons. Nourishment would only be effectively provided if a variety of meals were served. Airlines currently provide such effective service by having a variety of meals available on flight or by serving an individual with different meal upon a request before the flight.

The concept of equally effective delivery is particularly important where there is a duty to serve the public and where the goods and services are essential to allow an individual to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have. For example, reasons for denial or differentiation in transportation or banking services would have to be more compelling than the reasons for denial or differentiation in the choice of seats in a movie theatre.

The terms "reasonable accommodation" and "undue hardship" are not used in the policy. While the phrase "reasonable accommodation without undue hardship" is widely used in the human rights field, some consider it a contradiction in terms. Further, "accommodation" is used in a totally different manner in section 6 of the Act and the only legislative basis for "undue hardship" is subsection 41(4).

Subsection 41(4) relates solely to the ground of disability and concerns adaptations for the general public rather than individualized modifications. While it indicates that costs or business inconvenience may constitute undue hardship, it does not specify the level or extent necessary for the hardship to be undue.

At present the only legislative basis for the concept of reasonable accommodation in the provision of goods and services is that, as part of the duty to provide them in a non-discriminatory manner, purveyors must show that they exercised reasonable care to avoid discrimination. Canadian judiciary has applied this concept, with similar terminology, in its interpretation of duties imposed by statues of a criminal nature.

3.1 Self-Identification and Verification

There is no duty to avoid a discriminatory effect of a practice on an individual:

(a) (i) where the need for avoidance was not reasonably apparent; and

(ii) where the disclosure of personal information related to a prohibited ground of discrimination is reasonably necessary to avoid a discriminatory effect and an individual did not disclose such information; and

(iii) where the purveyor did not communicate, directly or by implication, that it was not willing to avoid the discriminatory effect; or

(b) if requested to do so by the purveyor, and where the avoidance involves subsidizing the provision of the goods, services, facilities or accommodation to the individual or to his or her attendant or guardian, the individual did not provide reasonable verification that the individual's need is directly related to a prohibited ground of discrimination.

Organizations representing disabled persons want disabled persons to be responsible for identifying their needs because this is consistent with the principle of self-determination, which they firmly endorse. Another argument for self-identification is that disabled persons should know their needs and obligations better than anyone else. Identification by others would probably be more expensive and less accurate. Finally, it would not be fair to hold purveyors accountable even when they were not aware of an individual's needs or obligations.

Therefore, the policy provides that individualized modifications need not be provided if the individual does not self-identify. However, the request may be implied rather than explicit. This is consistent with general legal principles. An individual is not required to make a request where it is clear that to do so would be futile. Because this is an exception to the general principle of self-identification, it is likely to be narrowly interpreted. Of course, the purveyor will not have discriminated if it would not have been reasonable to modify the standard practice.

Once the individual has self-identified a need or obligation related to a protected ground, the next issue is verification. In the case of goods and services, verification should only be required where the provision to the individual or to his or her attendant or guardian is subsidized. It is unlikely that other modifications, for example, asking to be lifted onto a bus or requesting a Braille version of a printed form, would be requested unless they were necessary. While abuse is possible, controls are appropriate only once it is established to be a problem.

3.2 Situations Where Avoidance Would Not Be Reasonable

The limits on the duty to avoid any discriminatory effect of a practice on an individual are where avoidance would necessitate:

(a) eliminating or fundamentally altering the essence of the goods, services, facilities or accommodation in question; or

(b) making unreasonable demands upon other customers or upon employees; or

(c) modifying any premises or equipment which the purveyor plans to adapt substantially, where such plans include adaptations to ensure effective delivery of the goods, services, facilities or accommodation and the costs of the modifications could not reasonably be amortized before the planned substantial adaptations; or

(d) posing risks of an unacceptably high level, as determined in accordance with this policy, to employees, other customers, the public or the purveyor's organization; or

(e) organizational inconvenience which has a significant effect on the purveyor; or

There are six major circumstances where modifications to avoid a discriminatory effect would be unreasonable. The first is where they would alter the fundamental nature of the job. To require purveyors to do this would in effect require them to provide another service rather than the same one in a different manner. The unreasonableness of such a requirement was recognized by the Supreme Court of the United States in Southeastern Community College v. Davis.

A second circumstance is where the modifications would necessitate making unreasonable demands on other persons. This envisages an examination of whether the terms in such contracts are reasonable. It is, therefore to be distinguished from reliance on collective agreements or other contracts per se which, as stated in B 2(d), is not an acceptable practice.

A third situation responds to the concern of purveyors that they might be required to retrofit immediately or to retrofit when they are occupying rented premises or using rented equipment. It is generally not reasonable to require changes involving a major capital cost to be made within a short period of time, because the costs could not reasonably be amortized. However, purveyors should develop realistic plans for making the necessary adaptations.

The last three circumstances are where the modifications cause either a safety risk which is unacceptably high or costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the purveyor. The concept of "significant effect" is a realistic middle ground between de minimus costs, and the American standard of unreasonable modifications as only those which undermine the essence of the purveyor's business. This phrase also emphasizes that the reasonableness of the modification is to be determined in each particular case.

(f) a significant loss in capacity to earn revenue or costs which have a significant effect on the purveyor, which are to be determined by considering, inter alia:

(i) any future costs likely to result from the avoidance of the discriminatory effect;

(ii) any penalties likely to be imposed pursuant to legislation if its mandatory provisions were not met in order to avoid a discriminatory effect;

(iii) any increase in revenues, likely to result from the avoidance of the discriminatory effect;

(iv) the savings likely to result if the purveyor availed itself of any tax exemptions or government grants or subsidies;

(v) the ability of the purveyor to absorb the loss in capacity to earn revenues or higher costs, including the size, essence, structure and budget of the purveyor's organization.

The policy provides guidance as to the criteria for determining if the effects are significant. One criterion is the future costs likely to be incurred if the initial avoidance was only for the individual in question. This takes into account the precedent which a particular avoidance might set.

Also relevant are penalties imposed pursuant to other legislation, increased revenues and the costs and benefits of the purveyor availing itself of tax exemptions, government grants or subsidies. The latter factors highlight that avoidance of discriminatory practices can be viewed as sound corporate policy and that government, as well as business, has a role to play in increasing the opportunities for disadvantaged groups to fully participate in society.

Finally, of major importance is the ability of the purveyor to absorb the costs. This more general criterion eliminates the need for any reference to distinctions between the public and private sector. The Commission is of the view that that generalizations about purveyors are no more appropriate than generalizations about disabled persons.

4. OBJECTIVE BASIS

The Commission's policy closely follows the approach and terminology in Etobicoke. It also delineates limitations on the duty to obtain certain types of evidence and endorses the concept that the defences are not static but vary over time and with changing technological circumstances.

4.1 An objective basis for a term or condition exists only if the following have been considered:

(a) existing scientific data, empirical data or expert opinion; and

(b) the detailed nature of the terms and conditions to be met; and

(c) the circumstances existing at the site where the goods, facilities, services or accommodation are provided; and

(d) the effect of such circumstances upon customers, particularly customers of the individual's race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, or with the same disability or conviction for which a pardon has been granted.

In Etobicoke the Supreme Court of Canada specifically stated that it would be unwise to lay down specific rules regarding the nature and sufficiency of the evidence which must be adduced to establish that a requirement is reasonably necessary. It did specify that in dealing with the question of mandatory retirement:

> "the evidence should cover the detailed nature of the duties to be performed, the conditions existing in the work place, and the effect of such conditions upon employees, particularly upon those at or near the retirement age sought to be supported."

These criteria can be adapted to the bona fide justification defence, as well as to other grounds.

4.2 A term, condition or reason for non-avoidance of a discriminatory practice is less likely to be objective where it is based on impressionistic opinions than where it is based on valid scientific data, empirical data or expert opinions, including specific legislative safety standards, particularly where the purveyor has had the opportunity to conduct the experiments, research or examinations necessary to obtain such data or opinions.

4.3 A purveyor is not required to experiment with the safety of its employees, customers or the public, or to incur costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the purveyor in order to obtain valid scientific data, empirical data or expert opinions.

The court also made it clear that while expert opinion and/or scientific or empirical evidence is more persuasive and must be produced where available, "impressionistic" evidence from experienced officials may be acceptable where the other evidence is not available.

The Commission is of the view that expert opinion and scientific or empirical research which is not valid should be no more persuasive than "impressionistic" evidence. The necessity for an explicit statement to this effect is demonstrated by a British Columbia case, David Andrachiw v. The Corporation of the District of Burnaby, in which the employer was allowed to rely on an independent medical opinion which was incorrect.

Etobicoke did not resolve whether organizations are merely required to adduce existing objective evidence or whether they have a duty to conduct tests and research to obtain objective evidence. The Commission's policy does not allow a requirement to be perpetually justified on the basis of subjective evidence.

On the other hand, it recognizes other values and constraints by placing limitations on this duty to obtain objective evidence. The principle, developed in Hodgson v. Greyhound Lines Inc., that purveyors should not be required to experiment with the safety of the public to produce scientific or empirical evidence is expanded to include the safety of customers other than the individual as well as costs or organizational inconvenience which have a significant effect on the purveyor.

Canadian Human Rights Commission
Commission canadienne des droits de la personne

EXIGENCES PROFESSIONNELLES JUSTIFIÉES

ET

MOTIFS JUSTIFIABLES:

POLITIQUES PROVISOIRES ET NOTES EXPLICATIVES

FÉVRIER 1985

90 Sparks Street Ottawa Canada K1A 1E1
90 rue Sparks Ottawa Canada K1A 1E1

TABLE DE MATIÈRE

			PAGE
I	**SOMMAIRE**		1
II	**EXIGENCES PROFESSIONNELLES JUSTIFIÉES**		
	A.	CONTEXTE	6
		1. Fondement de la politique	6
		1.1 Fondement législatif	6
		1.2 Principes directeurs	8
		2. But de la politique	10
	B.	CONCEPTS-CLEFS	
		1. Conditions nécessaires pour établir l'existence d'une exigence professionnelle justifiée	11
		2. Pratiques qui ne sont pas fondées sur une exigence professionnelle justifiée	12
	C.	DÉFINITION DES EXPRESSIONS UTILISÉES DANS LA PRÉSENTE POLITIQUE	
		1. Exécution des tâches	13
		1.1 Tâches essentielles d'un emploi	13
		1.2 Exécution sûre	14
		1.3 Exécution responsable	15

.../ii

PAGE

2. Évaluation de l'exécution ou de la capacité d'exécution 16
2.1 Capacité 16
2.2 Méthodes d'évaluation 16
2.3 Déroulement des procédures d'évaluation 17
2.4 Distinction fondée sur un motif de discrimination 20
2.5 Divulgation de renseignements personnels liés à un motif de distinction illicite 21

3. Éviter un effet discriminatoire 22
3.1 Auto-évaluation des besoins et vérification 23
3.2 Situations dans lesquelles il n'est pas raisonnable d'éviter un effet discriminatoire 24

4. Raisons objectives 26

III **LES MOTIFS JUSTIFIABLES**

A. CONTEXTE

1. Fondement de la politique 28
1.1 Fondement législatif 28
1.2 Principes directeurs 29
2. But de la politique 32

TABLE DE MATIÈRE (conclusions)

PAGE

B. CONCEPTS-CLEFS

1. Conditions nécessaires pour établir l'existence d'un motif justifiable 33

2. Pratiques qui ne constituent pas des motifs justifiables 34

C. DÉFINITION DES EXPRESSIONS UTILISÉES DANS LA PRÉSENTE POLITIQUE

1. Accès sûr 35

2. Accès réel 37

2.1 Distinction fondée sur un motif de discrimination 37

2.2 Divulgation de renseignements personnels liés à un motif de distinction illicite 39

3. Éviter un effet discriminatoire 40

3.1 Auto-évaluation des besoins et vérification 41

3.2 Situations dans lesquelles il n'est pas raisonnable d'éviter un effet discriminatoire 42

4. Raisons objectives 44

I SOMMAIRE

Les modifications apportées à la Loi canadienne sur les droits de la personne, proclamées le 1er juillet 1983, étendent la portée de la protection contre la discrimination en matière d'emploi et lors de la prestation de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement à toutes les personnes atteintes d'une déficience. La Loi continue à assurer une protection contre la discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille ou l'état de personne graciée.

Ces modifications sont efficaces uniquement dans la mesure où elles sont bien comprises, bénéficient d'un appui général et sont administrées de façon efficace et uniforme. C'est pourquoi la Commission canadienne des droits de la personne reconnaît l'importance d'établir des énoncés de principe ou des ordonnances en ce sens. Les énoncés de principe sur les exigences professionnelles justifiées et sur les motifs justifiables revêtent en effet une importance particulière étant donné qu'ils assurent un mécanisme permettant d'établir l'équilibre entre les droits des individus, d'une part, et le droit de l'employeur d'avoir des employés efficaces ainsi que le droit du fournisseur de gérer efficacement son entreprise, d'autre part.

À sa réunion de novembre 1984, la Commission a approuvé des politiques provisoires sur les exigences professionnelles justifiées et les motifs justifiables. Ces politiques ont été élaborées l'année dernière, en consultation avec des centaines d'organisations auxquelles on a demandé leur avis sur les documents de travail énonçant les circonstances où des motifs justifiables peuvent être invoqués comme défense dans les cas de discrimination basée sur la déficience lors de la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement, et les circonstances où des exigences professionnelles justifiées peuvent être invoquées comme défense dans les cas où l'on allègue, dans l'emploi, de la discrimination fondée sur la déficience mentale ou la dépendance envers l'alcool ou la drogue.

En raison des préoccupations exprimées par les groupes de personnes handicapées, les employeurs et les fournisseurs, les politiques provisoires s'appliquent à tous les motifs de distinction illicite et non uniquement à la déficience, de façon à mettre l'accent sur l'application universelle des principes de la non-discrimination. On appliquera ces politiques en fonction des particularités de chaque motif et de chaque cas et au moyen de politiques ou d'ordonnances particulières, s'il y a lieu.

Au cours des douze prochains mois, la Commission se prononcera de façon définitive sur ces politiques. Pour ce faire, elle étudiera de près les deux politiques et leur application générale et consultera ses principaux clients, représentant les fournisseurs, les employeurs et les groupes qui risquent d'être touchés par l'application de ces politiques à des motifs autres que la déficience. Elle diffusera alors des ordonnances sur les exigences professionnelles justifiées et les motifs justifiables, qui lieront la Commission et les tribunaux des droits de la personne.

En plus de tenir compte des préoccupations exprimées dans les nombreuses réponses aux documents de travail, les politiques provisoires se fondent sur l'ordonnance sur les exigences professionnelles normales actuellement en vigueur, les précédents importants et les énoncés de principe d'autres instances. Comme la Commission et les autres organismes officiels de protection des droits de la personne ont une plus grande expérience de l'exception fondée sur les exigences professionnelles justifiées, la politique provisoire sur les motifs justifiables s'inspire des notions élaborées dans le contexte de l'emploi. Au fur et à mesure que l'on acquerra plus d'expérience des cas de discrimination lors de la prestation de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement, on étudiera à nouveau l'opportunité d'appliquer ces notions à de telles situations.

Aucune de ces politiques n'énonce de règles détaillées. Elles déterminent tous les critères qui doivent être appliqués de façon uniforme et raisonnable aux particularités de chaque cas. Elles mettent l'accent sur l'établissement de pratiques conformes aux dispositions de la Loi plutôt que sur la manière d'établir une défense une fois qu'une plainte est déposée.

Ces politiques provisoires cherchent à établir un équilibre entre les droits des individus, d'une part, et le droit de l'employeur d'avoir des employés efficaces ainsi que le droit du fournisseur de gérer efficacement son entreprise, d'autre part. Un élément important intervient ici: le principe général de l'interprétation des lois. En effet, étant donné que la Loi canadienne sur les droits de la personne a été promulguée par le Parlement du Canada dans l'intérêt public, il importe qu'elle ne soit pas interprétée d'une manière restrictive, les exceptions, elles (comme les exigences professionnelles justifiées et les motifs justifiables) devant l'être.

Ces politiques traduisent la position adoptée par la Commission. Il est possible que par la suite, on révise l'interprétation et l'application de la Loi pour tenir compte de l'évolution de la technologie et des changements d'attitude. Des mesures qui peuvent s'avérer nécessaires aujourd'hui, au nom de l'efficacité, ne le seront peut-être pas demain.

La seule exception admise par ces politiques provisoires, c'est qu'une personne ne satisfait pas aux exigences raisonnablement nécessaires pour l'exécution d'un travail ou la prestation d'un service. Par exemple, une réceptionniste doit pouvoir communiquer efficacement. Par conséquent, si une personne est atteinte d'une déficience qui l'en empêche, elle ne peut pas être admissible à l'emploi. Dans le secteur des services, une galerie d'art publique peut avoir des toilettes publiques séparées pour les hommes et pour les femmes.

Bien qu'il soit raisonnable d'exiger qu'une personne exécute un travail ou obtienne un bien ou un service d'une manière sûre, elle ne devrait pas se voir refuser un emploi, un bien ou un service du simple fait qu'il existe des risques, étant donné que la plupart de nos gestes quotidiens comportent une part de risque. Les exigences liées à la sécurité sont souvent discriminatoires, car elles reposent souvent sur des calculs probabilistes à propos d'une catégorie d'individus à laquelle la personne appartient.

Les politiques provisoires reconnaissent que la vie et la dignité humaines sont plus précieuses que les biens ou l'argent. Par conséquent, il sera plus facile d'établir une défense en se fondant sur la question du risque s'il s'agit de risques pour la sécurité d'autrui que s'il s'agit de risques monétaires. Cependant, on ne doit pas priver une personne d'un emploi, d'un bien ou d'un service si elle est la seule à assumer le risque. Toute personne doit avoir le droit de décider pour elle-même d'assumer un risque, dans la mesure où cela ne nuit pas à autrui.

Selon un principe fondamental des droits de la personne, les opinions stéréotypées à l'égard de certaines personnes sont inacceptables. Or, dans l'affaire de la Commission des droits de la personne de l'Ontario c. Etobicoke et al., les tribunaux ont déclaré qu'une distinction fondée sur un motif illicite pouvait être justifiable dans certains cas. La Cour suprême du Canada a toutefois souligné qu'une telle distinction doit reposer sur des raisons objectives, c'est-à-dire généralement des preuves scientifiques et empiriques.

La politique relative aux motifs justifiables aborde deux types de distinction: le fait de refuser des biens ou des services et la prestation de ceux-ci selon un mode différent (parallèle). On pourrait donner comme exemple de service parallèle le fait d'exiger que les personnes handicapées qui font appel aux services du gouvernement fédéral se présentent à un bureau particulier alors que les autres peuvent se présenter à plusieurs bureaux. Bien qu'il s'agisse d'un service "spécial", cette exigence ne leur donne pas la possibilité de recevoir le service de la manière traditionnelle. Par conséquent, il faut qu'un service "spécial" soit assuré conformément à la politique sur les motifs justifiables.

L'application de pratiques uniformes par un employeur ou un fournisseur peut priver une personne protégée par une loi sur les droits de la personne, de possibilités d'emploi ou de biens ou de services, ou la défavoriser à cet égard. Les fournisseurs et les employeurs sont tenus de modifier ces pratiques afin d'éliminer leur effet discriminatoire. Cependant, il n'est pas nécessaire de modifier une pratique si cela n'est pas raisonnable compte tenu des circonstances ou si la personne concernée ne fait pas connaître (et, parfois, ne confirme pas) ses besoins.

Des modifications peuvent être appropriées dans certaines circonstances. A l'heure actuelle, les compagnies aériennes servent des repas spéciaux aux personnes qui, pour des raisons médicales ou religieuses, ne peuvent pas manger certains mets et qui en font la demande avant le vol. Les employeurs pourraient assurer l'égalité des chances à une personne en fauteuil roulant en adaptant un bureau à ses besoins ou ils pourraient modifier le code vestimentaire pour tenir compte des besoins et des obligations découlant de la religion d'une personne.

La modification d'un bureau ou d'un code vestimentaire assure des possibilités d'emploi égales mais ne garantit pas que l'intéressé obtiendra l'emploi. La Commission canadienne des droits de la personne reconnaît qu'avoir un emploi n'est pas un droit et qu'un employeur peut embaucher qui il veut, à condition que ce soit pour des motifs non discriminatoires.

Comme les emplois sont accordés en fonction du mérite, les employeurs ont le droit de déterminer si une personne est en mesure d'exécuter le travail de façon sûre, efficace et fiable. Les méthodes d'évaluation qui ont un effet discriminatoire et ne sont pas des indicateurs pertinents de l'aptitude d'une personne à exécuter le travail ne sont pas acceptables. Par exemple, il ne faut pas administrer un test "spécial" à un candidat handicapé uniquement parce qu'il a l'air "différent".

À la différence de l'emploi, les gens ont le droit d'obtenir des biens, des services, des installations et des moyens d'hébergement destinés au public pourvu qu'ils satisfassent aux conditions raisonnablement nécessaires. Les fournisseurs ne devraient pas s'attacher à évaluer l'individu mais s'attacher à déterminer si ces conditions sont nécessaires.

Ces politiques provisoires décrivent la façon dont les employeurs et les fournisseurs peuvent aider les Canadiens défavorisés à devenir des membres à part entière de la société.

II EXIGENCES PROFESSIONNELLES JUSTIFIÉES

POLITIQUE PROVISOIRE

NOTE EXPLICATIVE

A. CONTEXTE

1. FONDEMENT DE LA POLITIQUE

La présente politique est fondée sur les dispositions de la Loi canadienne sur les droits de la personne qui ont trait aux exigences professionnelles justifiées, aux actes discriminatoires, aux motifs de distinction illicite ainsi que sur certains principes directeurs.

La politique provisoire doit être située dans le contexte législatif et conceptuel approprié pour qu'elle soit interprétée et appliquée comme il se doit. Les principes qui y sont énoncés sont conçus pour prévenir les méprises fondamentales concernant le rôle de la politique.

1.1 Fondement législatif

Les dispositions applicables de la Loi canadienne sur les droits de la personne sont les suivantes :

3.(1) "Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience."

Des modifications apportées à la Loi canadienne sur les droits de la personne le 1er juillet 1983 protègent toutes les personnes atteintes d'une déficience contre la discrimination dans l'emploi et dans la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement.

7. "Constitue un acte discriminatoire le fait

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou

b) de défavoriser un employé dans le cadre de son emploi, directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite."

8. "Constitue un acte discriminatoire le fait

a) d'utiliser ou de diffuser un formulaire de demande d'emploi, ou

b) au sujet d'un emploi présent ou éventuel,

(i) de publier une annonce, ou

(ii) de procéder, oralement ou par écrit, à une enquête où il est fait, même implicitement, des restrictions, conditions ou préférences pour un motif de distinction illicite."

La Loi canadienne sur les droits de la personne ne consacre pas le principe selon lequel chacun a droit à un emploi. Il s'ensuit qu'un employeur peut attribuer un emploi à une personne de son choix, pourvu qu'il le fasse sans exercer de discrimination. Les emplois étant généralement attribués en fonction du mérite, les employeurs ont le droit d'évaluer celui-ci, et donc d'évaluer l'individu.

10. "Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur, l'association d'employeurs ou l'association d'employés

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus."

Les caractéristiques personnelles correspondant à l'un des motifs de distinction illicite ne devraient pas influer de façon négative sur la possibilité d'obtenir et de conserver un emploi et les avantages qui s'y rattachent. Dans le cas contraire, deux conditions doivent être remplies.

Premièrement, la plainte alléguant une discrimination doit être apparemment fondée. Le plaignant doit montrer qu'il y a lieu de croire qu'au regard d'un motif de distinction illicite, il a subi un traitement différent ou un préjudice du fait de l'application d'une règle ou d'une pratique par l'employeur.

14. "Ne constituent pas des actes discriminatoires

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées."

Deuxièmement, l'employeur doit avoir la possibilité de se défendre. La défense de l'employeur peut consister à démontrer que sa décision n'a pas été basée sur un motif de distinction illicite mais sur une raison légitime (par exemple le mérite), ou qu'une disposition de la Loi canadienne sur les droits de la personne ou encore des règlements ou ordonnances y afférents permet à l'employeur de baser sa décision sur un motif de distinction illicite. Si certaines défenses s'appliquent à la discrimination dans l'octroi d'avantages sociaux, la défense fondée sur des exigences professionnelles justifiées correspond, par définition, aux exigences nécessaires pour l'exécution du travail.

1.2 Principes directeurs

Les principes suivants doivent présider à l'application de cette politique :

a) la Loi canadienne sur les droits de la personne a été promulguée par le Parlement du Canada pour le bien de la population et doit être interprétée de façon large et libérale, ses exceptions faisant l'objet d'une interprétation étroite;

b) les droits de la personne ne se méritent pas;

c) l'exercice des droits de la personne doit tenir compte du droit d'un employeur d'avoir des employés efficaces;

d) le droit à l'égalité des chances en matière d'emploi signifie le droit de ne pas faire l'objet d'un traitement défavorable, fondé sur un motif de distinction illicite, qui pourrait nuire à l'obtention et à la conservation d'un emploi et des avantages qui l'accompagnent;

e) le fait d'accorder exactement le même traitement à toutes les personnes peut priver certaines d'entre elles de possibilités d'emploi, et ce, pour des raisons liées à un motif de distinction illicite;

f) les pratiques et les décisions en matière d'emploi fondées sur le mérite de l'intéressé ou sur d'autres critères dont l'effet n'a rien à voir avec un motif de distinction illicite ne sont pas des actes discriminatoires;

g) lorsque les employeurs imposent une exigence professionnelle justifiée, ils doivent le faire honnêtement, de bonne foi, sans arrière-pensée ou considération en dehors de la question, visant à faire obstacle à l'application de la Loi, et avec la conviction sincère, s'appuyant sur des raisons objectives, qu'il s'agit d'une exigence raisonnablement nécessaire à l'exécution sûre, efficace et responsable du travail;

Le principe b) appelle certaines précisions. La Loi canadienne sur les droits de la personne ne prévoit pas des niveaux de protection différents pour les employés et les postulants, car les droits des individus ne doivent pas dépendre de leur situation. Dans le cas contraire, cela reviendrait à considérer que les droits doivent être mérités, de sorte que les employeurs pourraient, par exemple, tenir compte non seulement de la situation de l'individu, mais également de ses états de service et de la qualité de son travail. Comme les membres des groupes défavorisés se voient refuser un emploi ou une promotion ou encore l'accès à un programme de formation, le fait d'exiger que les droits soient mérités pourrait tout simplement perpétuer la discrimination. Bien sûr, il est louable pour un employeur d'accorder à ses employés une protection plus grande que celle prévue par la loi.

h) l'existence de raisons objectives dépendra des circonstances particulières d'un cas, notamment la technologie existante et la période de temps dont a disposé l'employeur pour procéder aux expériences, aux études et aux examens nécessaires pour obtenir l'avis d'experts et recueillir des données scientifiques ou empiriques pour appuyer cette exigence professionnelle;

i) les employeurs ne doivent pas chercher à justifier une décision en se servant de renseignements obtenus après coup;

j) les pratiques fondées sur un motif de distinction illicite plutôt que sur la capacité de l'individu devraient constituer l'exception plutôt que la règle;

k) les employeurs doivent éviter tout effet discriminatoire d'une pratique si cela est possible dans les circonstances;

l) le fait d'éviter un effet discriminatoire d'une pratique peut entraîner une affectation différente des ressources mais ne devrait pas entraîner une modification radicale de la nature de l'emploi, ou des coûts élevés, des inconvénients pour l'entreprise, ni nuire à la sécurité des autres employés;

m) le souci de la sécurité ne doit pas faire oublier que l'individu a le droit de décider de courir un risque ne touchant que lui-même et que tout emploi comporte certains risques.

2. BUT DE LA POLITIQUE

La présente politique renferme des critères permettant de déterminer si, dans le cas en question, une pratique ou une décision en matière d'emploi est fondée sur une exigence professionnelle justifiée. Visant autant les employés éventuels que les employés anciens ou actuels, elle doit être appliquée de façon restrictive, surtout lorsque l'employeur se préoccupe plus des coûts ou des inconvénients pour son entreprise que de la sécurité des personnes autres que l'intéressé. Cependant, elle n'influe pas sur les décisions et pratiques en matière d'emploi, y compris les décisions prises en fonction du mérite, dont l'effet n'a rien à voir avec un motif de distinction illicite.

La Loi n'est efficace que dans la mesure où elle est bien comprise, admise par le plus grand nombre et appliquée de façon rationnelle et uniforme. La Commission canadienne des droits de la personne est d'avis que les énoncés de principe et les ordonnances qu'elle émet sont grandement utiles à cet égard.

La politique provisoire n'établit pas de règles spécifiques. Plutôt, elle définit des critères qui doivent être appliqués de façon constante et raisonnable aux faits se rapportant à chaque cas. La politique met l'accent sur l'établissement de pratiques conformes aux dispositions de la loi plutôt que sur la façon d'établir une défense une fois qu'une plainte est déposée.

La politique ne prescrit pas aux employeurs d'embaucher des personnes qui n'ont pas la capacité d'effectuer le travail. Elle définit les paramètres à partir desquels le rendement ou la capacité de rendement d'un individu doivent être appréciés pour qu'il soit évalué avec équité.

B. CONCEPTS-CLEFS

1. CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR ÉTABLIR L'EXISTENCE D'UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE JUSTIFIÉE

De l'avis de la Commission, une pratique d'emploi est fondée sur une exigence professionnelle justifiée:

a) lorsqu'elle est fondée sur une exigence voulant que l'intéressé accomplisse ou ait la capacité d'accomplir les tâches essentielles de l'emploi en question d'une manière sûre, efficace et responsable; et

b) lorsqu'elle est fondée sur une procédure qui permet d'évaluer exactement le rendement de l'individu ou sa capacité d'exécuter un travail, qui est conforme à la présente politique; et

c) lorsque dans les circonstances il n'est pas raisonnablement possible d'éviter que la pratique ait un effet discriminatoire.

La seule défense acceptable est celle basée sur le rendement insatisfaisant de l'individu ou sur son inaptitute démontrée à effectuer le travail. L'employeur peut imposer des conditions qui sont raisonnablement nécessaires pour l'exécution sûre, efficace et satisfaisante du travail. Ainsi, une réceptionniste doit pouvoir communiquer efficacement. Par conséquent, si une personne est atteinte d'une déficience qui l'en empêche, elle ne peut pas être admissible à l'emploi.

L'employeur doit également:

1) déterminer le rendement ou la capacité de rendement d'un individu au moyen d'une évaluation qui ne repose pas sur des idées préconçues, encore que, dans certaines circonstances, une distinction fondée sur un motif illicite puisse être justifiable;

2) éviter que ses pratiques d'emploi aient un effet discriminatoire à moins qu'il ne soit pas raisonnable de le faire dans les circonstances (cette notion correspond à ce qu'on a appelé jusqu'ici les "adaptations raisonnables").

2. PRATIQUES QUI NE SONT PAS FONDÉES SUR UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE JUSTIFIÉE

De l'avis de la Commission, les pratiques d'emploi suivantes ne sont pas fondées sur une exigence professionnelle justifiée:

Cette partie spécifie que certaines pratiques fréquentes dans l'emploi ne sont pas acceptables.

a) le fait d'exiger qu'un candidat soit admissible à un régime d'assurance collectif de l'employeur, à un régime de pension ou à tout autre régime de prestations;

La Commission continue de croire que l'admissibilité à un régime d'assurance et les préférences de tiers qui n'ont pas trait aux capacités ne sont pas acceptables.

b) le fait d'évaluer le rendement d'un candidat ou sa capacité d'exécuter le travail en fonction de son exécution ou de sa capacité d'exécuter des tâches secondaires plutôt qu'essentielles de l'emploi en question;

La Commission n'accepte pas une défense basée sur des tâches accessoires ou sur les clauses d'une convention collective. Dans l'arrêt Etobicoke, la Cour suprême du Canada a spécifié que l'invocation des clauses d'une convention collective ne constituait pas en soi une exigence professionnelle justifiée. Cela vaut également pour les clauses d'autres contrats, comme ceux passés avec un entrepreneur indépendant.

c) le fait d'imposer une exigence fondée sur les préférences de collègues, ou de clients et qui n'est pas liée à l'exécution du travail par l'individu, ni à sa capacité d'exécution; ou

d) le fait d'imposer une exigence fondée uniquement sur un contrat avec un tiers.

C. DÉFINITION DES EXPRESSIONS UTILISÉES DANS LA PRÉSENTE POLITIQUE

1. EXÉCUTION DES TÂCHES

1.1 Tâches essentielles d'un emploi

1.1.1 Les tâches essentielles d'un emploi sont les tâches qui sont fondamentales à la nature de l'emploi.

L'un des concepts importants de la politique sur les exigences professionnelles justifiées veut que les individus soient évalués selon leur exécution des tâches essentielles de l'emploi ou selon leur capacité de les exécuter. La signification de l'expression "tâche essentielle" est donnée à l'article C 1.1.1, tandis que ses limites sont précisées à l'article C 1.1.2.

1.1.2 Une exigence voulant qu'une personne accomplisse des tâches autres que les tâches en question ou possède les compétences nécessaires pour ce faire constitue un élément essentiel uniquement si la capacité d'accomplir d'autres tâches est essentielle à la mise en oeuvre d'une politique établie par l'entreprise, laquelle est:

a) nécessaire en raison du caractère même des activités de l'employeur; et

b) en place, comme le prouvent les données sur le degré de mobilité des employés au sein de l'entreprise.

Certains employeurs, en particulier ceux qui exploitent une entreprise spécialisée, ont fait valoir la nécessité d'être en mesure de promouvoir des gens, ainsi que celle de pouvoir les réaffecter. Ainsi, un manoeuvre dans une gare de triage peut devoir être en mesure d'apprendre un métier et de travailler sur les voies si une urgence se produit.

Pour que les exigences relatives à la mobilité latérale ou verticale ne constituent pas une barrière systémique à l'emploi de personnes atteintes d'une déficience, elles ne sont considérées comme une tâche essentielle que dans des circonstances très limitées. Bien sûr, elles sont assujetties aux mêmes conditions concernant l'évaluation et les adaptations raisonnables que les autres tâches essentielles.

Pour que les employeurs n'exigent pas arbitrairement la capacité de remplir d'autres fonctions, la politique de la Commission stipule que pareille exigence doit être conforme à une politique de l'entreprise qui est raisonnablement nécessaire étant donné sa nature. De plus, la politique doit être étayée par des données qui montrent sa réalité.

1.2 Exécution sûre

S'il est raisonnable d'exiger que l'individu exécute un travail d'une manière qui ne présente pas de danger, la simple présence d'un risque quelconque ne devrait pas entraîner le refus d'attribuer l'emploi à l'individu en question, car chaque activité dans la vie comporte certains risques. Les exigences liées à la sécurité sont souvent discriminatoires, étant fréquemment fondées sur des calculs probabilistes relatifs aux catégories d'individus.

Personne ne devrait se voir refuser un emploi à moins que le risque présenté par la catégorie d'individus à laquelle il appartient ne soit démesurément élevé par rapport à celui présenté par d'autres groupes. Cette notion de différenciation en fonction d'une catégorie est traitée à l'article C 2.4, "Distinction fondée sur un motif de discrimination".

La décision sur le degré de risque posé a deux dimensions. La première est factuelle et consiste à déterminer si le risque est réel et quels sont les dommages ou les blessures qu'il pourrait entraîner. L'autre est philosophique ou morale et consiste à déterminer si ce niveau de risque est acceptable.

1.2.1 Une exigence voulant qu'un individu ne fasse pas courir de risque au public ou à ses compagnons de travail est une exigence justifiée seulement si le risque est démesurément grand, c'est-à-dire:

a) si la blessure susceptible d'en résulter est suffisamment grave; et

b) si la probabilité de blessure est suffisamment grande.

La politique provisoire reconnaît que la vie et la dignité humaines sont plus importantes que l'argent ou les biens. Aussi sera-t-il plus facile d'imposer une exigence professionnelle justifiée lorsque le risque concerne d'autres personnes que lorsqu'il a des conséquences économiques. Toutefois, un individu ne devrait pas être privé d'un emploi, d'un bien ou d'un service seulement parce qu'il court un risque. La dignité individuelle n'existe que lorsque les individus ont la possibilité de déterminer s'ils peuvent prendre un risque qui ne concerne qu'eux.

1.2.2 Une exigence voulant qu'un individu ne fasse pas courir de risque à l'employeur, soit directement par des dommages matériels à la propriété ou indirectement par des dommages d'ordre économique découlant de blessures subies par des personnes, est une exigence justifiée seulement si le risque est démesurément grand, c'est-à-dire :

a) si le coût des dommages susceptibles d'en résulter a des conséquences importantes pour l'employeur; et

b) si la probabilité des dommages est suffisamment grande.

1.2.3 Une exigence voulant qu'un individu ne coure pas personnellement de risque est une exigence justifiée seulement:

a) si l'employeur a informé l'individu ou son tuteur de la nature du risque et de sa probabilité; et

b) si l'individu ou son tuteur n'ont pas compris la nature du risque et sa probabilité.

1.3 Exécution responsable

Une exigence voulant qu'une personne accomplisse des tâches d'une manière responsable ou possède les compétences pour le faire constitue une exigence justifiée uniquement si l'intéressé est tenu d'accomplir des tâches ou de posséder les compétences pour le faire:

a) d'une manière sûre et efficace dans toutes les circonstances susceptibles de se produire au travail;

b) pendant une période de temps raisonnablement nécessaire

(i) à l'exécution sûre et efficace des tâches en question; ou

(ii) pour permettre à l'employeur d'amortir les frais de l'embauche et de la formation.

Comme les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur cette question, la position de la Commission est basée sur les arguments suivants:

1) souvent, en dehors du champ d'action de la Loi, on permet aux individus d'assumer des risques associés à un emploi (par ex.: construction en altitude);

2) dans notre société pluraliste et démocratique, les individus sont libres de prendre des décisions personnelles qui ne nuisent pas à autrui;

3) pour pouvoir mener une vie normale, toutes les personnes atteintes d'une déficience assument quotidiennement des risques. Si nous insistions pour les mettre à l'abri de tous les risques, elles seraient obligées de vivre à l'écart et d'être aux crochets de la société.

La décision de prendre un risque doit être éclairée. Aussi la politique exige-t-elle que les employeurs expliquent les risques à l'individu et que celui-ci comprenne les explications. Les personnes susceptibles de ne pas comprendre sont celles qui souffrent d'une déficience mentale, qui ne comprennent pas la langue dans laquelle les explications sont données ou qui sont trop jeunes pour comprendre.

L'exigence voulant qu'un employé accomplisse des tâches d'une manière responsable reconnaît le fait que souvent les employeurs ne se soucient pas de la capacité d'un individu de donner un bon rendement à l'occasion, mais de sa capacité de donner un rendement constant indépendamment des circonstances susceptibles de se produire.

L'"exécution responsable" connote le rendement sur une base quotidienne, ainsi que le rendement à long terme lorsqu'il s'agit de prévenir la perturbation de l'entreprise de l'employeur.

Diverses raisons peuvent inciter un employeur à attacher de l'importance au roulement du personnel. Une certaine période de temps peut être nécessaire pour l'amortissement des frais d'embauchage et de formation supportés par l'employeur. Elle peut également être nécessaire lorsque l'individu a besoin de temps pour être en mesure d'effectuer le travail de façon sûre et efficace, ou lorsqu'il doit effectuer un travail donné au cours d'une période précise.

2. ÉVALUATION DE L'EXÉCUTION OU DE LA CAPACITÉ D'EXÉCUTION

Si la seule défense acceptable est basée sur l'aptitude de l'individu à satisfaire aux exigences raisonnablement nécessaires de l'emploi, l'employeur doit pouvoir évaluer la capacité de l'individu d'effectuer le travail. Les méthodes d'évaluation qui ont un effet discriminatoire et ne sont pas des indicateurs pertinents de l'aptitude d'une personne à exécuter le travail ne sont pas acceptables. La politique provisoire décrit certaines évaluations non discriminatoires qui tendent à révéler des renseignements personnels correspondant à un motif de distinction illicite.

2.1 Capacité

La capacité d'un individu d'accomplir les tâches essentielles d'un emploi est déterminée en fonction de ses compétences et de ses limites.

Dans la politique, on utilise le mot "capacity" (capacité) pour désigner les compétences et les limites, et afin d'éviter l'emploi de "disability" (déficience) qui est l'antonyme de "ability" (capacité).

2.2 Méthodes d'évaluation

Les méthodes d'évaluation comprennent les questions orales et les entrevues, les questions écrites et les tests, les tests fonctionnels, les programmes de formation, les périodes de stage, les examens médicaux, les enquêtes sur les candidats destinées à déterminer s'ils satisfont aux exigences en matière de sécurité nationale ou à d'autres exigences relatives, entre autres, à l'intégrité du candidat, à l'absence de casier judiciaire ou toute autre formalité, qui fournissent des raisons objectives pour l'évaluation de la capacité d'un individu.

2.3 Déroulement des procédures d'évaluation

2.3.1 Les procédures d'évaluation permettent d'évaluer exactement la capacité d'un individu:

a) lorsqu'elles permettent d'évaluer la mesure dans laquelle le candidat possède des compétences pouvant être considérées raisonnablement nécessaires pour exécuter un travail de façon sûre, efficace et responsable ou présente des limites pouvant raisonnablement être considérées comme une entrave à cet égard; et

b) lorsque de telles évaluations sont valables.

2.3.2 Les procédures d'évaluation sont conformes à la présente politique, dans les cas suivants:

a) lorsque ces procédures d'évaluation visent tous les candidats ou toutes les personnes qui se voient offrir le poste, bien qu'elles puissent varier, ou que l'on ait recours à d'autres procédures pour un candidat particulier lorsqu'à la suite d'une procédure on constate qu'il est raisonnablement nécessaire de la modifier, ou de recourir à d'autres méthodes pour déterminer effectivement

(i) la mesure dans laquelle le candidat possède les aptitudes nécessaires pour exécuter le travail de façon sûre, efficace et responsable; ou

(ii) si un candidat ne présente pas des limites susceptibles de compromettre l'exécution sûre, efficace et responsable d'un travail;

Aux termes de la politique, les évaluations doivent viser à déterminer de façon rationnelle dans quelle mesure les capacités ou les limites de l'individu (que celles-ci soient physiques, mentales ou interpersonnelles) sont susceptibles d'influer sur l'exécution sûre, efficace et responsable du travail. Les employeurs ne sont pas tenus de fixer des minimums, car le mot "minimum" connote une déficience, mot qui lui-même perpétue les conceptions fausses au sujet des individus qui diffèrent de la norme et qui suggère un conflit avec le principe du mérite.

Pour éviter qu'elles ne soient sélectives et discriminatoires, les procédures d'évaluation doivent viser tous les candidats. Toutefois, elles peuvent varier ou on peut avoir recours à d'autres procédures.

Cette latitude est conforme à la politique de la Commission quant à la modification des procédures d'évaluation pour prévenir la discrimination. En outre, elle est pratique. Le fait d'exiger que toutes les procédures soient identiques serait coûteux et entraînerait un gaspillage de temps pour l'employeur comme pour l'individu. Par exemple, il y a une marge entre exiger que tous les individus qui postulent un emploi nécessitant de la force physique subissent un examen médical et les diriger systématiquement à un orthopédiste si un examen médical n'a pas révélé la nécessité d'une telle mesure.

Des examens plus détaillés ne sont acceptables que lorsque les examens standards en ont révélé la nécessité pour évaluer la capacité de rendement. Il s'agit ici de dissuader les employeurs d'effectuer des examens détaillés qui sont justifiés par leurs préventions plutôt que par leur souci d'évaluer les capacités réelles. Ainsi, il n'est pas acceptable qu'un employeur exige d'une personne à qui il manque deux doigts à chaque main qu'elle écrive plusieurs paragraphes quand ce n'est que l'apparence de la personne qui a amené l'employeur à mettre en doute sa capacité d'écrire.

b) lorsqu'en ce qui concerne l'examen médical ou l'enquête sur un candidat destinée à déterminer s'il satisfait aux exigences en matière de sécurité nationale ou à d'autres exigences relatives notamment à l'intégrité du candidat ou à l'absence de casier judiciaire

(i) cet examen médical ou cette enquête n'a lieu qu'après que l'individu ait reçu une offre écrite d'emploi qui pourra dépendre du résultat de l'examen médical ou de l'enquête; ou

(ii) cet examen médical ou cette enquête sont faits de manière à ce que les seuls renseignements divulgués, sans le consentement formel de l'individu, aux personnes appelées à prendre des décisions concernant les possibilités d'emploi de l'individu, sont ceux considérés raisonnablement nécessaires pour déterminer la mesure dans laquelle l'individu possède la capacité d'exécuter le travail de façon sûre, efficace et responsable;

Les examens médicaux et les enquêtes en matière de sécurité doivent être effectués avec un soin particulier. La politique offre aux employeurs deux possibilités pour prévenir la discrimination. Les employeurs peuvent effectuer l'examen et l'enquête après la sélection. On prévient ainsi une incursion inutile dans la vie privée, ainsi que le risque que les renseignements ainsi recueillis soient préjudiciables à l'employabilité de l'individu.

Toutefois, certains employeurs peuvent avoir des raisons valables de vouloir effectuer un examen médical ou une enquête avant de sélectionner conditionnellement une personne. Ainsi, si une entreprise fait subir une épreuve pratique de condition physique, elle peut tenir à ce que les personnes se soumettent d'abord à un examen visant à déterminer si elles sont capables de subir l'épreuve. Aussi, la nouvelle politique diffère de l'ancienne et permet aux employeurs d'effectuer des examens médicaux ou des enquêtes avant la sélection pourvu qu'ils préviennent la divulgation de renseignements qui n'ont rien à voir avec l'éventuelle décision.

Ainsi, si un individu souffre d'épilepsie mais que sa maladie est sous contrôle, un médecin ne devrait pas révéler la maladie à la personne chargée de la sélection. Par contre, si son épilepsie n'est pas sous contrôle et qu'il doit remplir une tâche qui affecte la sécurité d'autrui, un médecin pourrait la révéler, car la maladie est probablement un facteur dans la décision. D'un côté, la divulgation pourrait amener le rejet du postulant. De l'autre, elle donne à l'employeur une possibilité supplémentaire d'envisager la possibilité que la fonction en cause soit éliminée ou remplie d'une manière propre à réduire ou à éliminer la déficience de la personne.

c) en ce qui concerne une exigence voulant que l'individu indique s'il possède des caractéristiques particulières qui pourraient diminuer sa capacité d'accomplir des tâches

(i) lorsque l'employeur signale à tous les individus les compétences pouvant raisonnablement être nécessaires à l'exécution sûre, efficace et responsable d'un travail ainsi que les limites susceptibles de représenter une entrave à cet égard; et

(ii) lorsque l'employeur se montre disposé à apporter des modifications raisonnables à l'emploi, à la procédure d'évaluation, au matériel ou au milieu de travail si la caractéristique en question est directement liée à un motif de distinction illicite.

Les questions portant sur les limites sont également particulièrement susceptibles d'amener la divulgation de renseignements personnels correspondant à un motif de distinction illicite. Dans des cas exceptionnels (voir l'article C 2.4), il peut être acceptable d'interroger directement quelqu'un au sujet d'un motif de distinction illicite. Généralement, les questions devraient viser à déterminer si la personne est capable de remplir certaines fonctions. Cette détermination est compatible avec le principe de l'identification spontanée.

Pour s'assurer que l'individu comprend les fonctions du poste, l'employeur pourrait poser des questions précises comme "Pouvez-vous communiquer efficacement au moyen d'un téléphone standard?" ou "Êtes-vous allergique au blé?" Les questions peuvent varier selon la situation mais ne devraient pas dépendre d'idées préconçues. Comme un individu est plus susceptible de dire la vérité si l'employeur paraît raisonnable, l'employeur devrait spécifier qu'il est disposé à faire des adaptations en fonction des besoins ou des obligations qui sont liés à un motif de distinction illicite.

2.4 Distinction fondée sur un motif de discrimination

Nonobstant ce qui précède, un employeur peut établir des distinctions fondées sur un motif de discrimination dans les cas suivants:

a) lorsqu'elles sont nécessaires, compte tenu de la nature de l'entreprise; et

b) lorsque l'employeur a des raisons objectives de croire que

   (i) toutes les personnes ou presque toutes les personnes qui font l'objet d'une telle distinction sont nettement moins en mesure que d'autres personnes d'exécuter un travail de façon sûre, efficace et responsable; et

   (ii) qu'il n'existe aucune méthode simple ou peu coûteuse de déterminer les quelques personnes qui ont une capacité nettement plus grande que l'ensemble de la catégorie; ou

c) lorsque l'employeur a des raisons objectives de croire que

   (i) certaines personnes qui font l'objet d'une telle distinction sont nettement moins en mesure que d'autres personnes d'exécuter un travail de façon sûre, efficace et responsable; et

   (ii) lorsque l'évaluation individuelle de la capacité des personnes faisant l'objet d'une telle distinction est impossible; ou entraînerait des coûts ou des inconvénients pour l'entreprise qui auraient des conséquences importantes pour l'employeur.

Bien que l'interdiction de fonder une décision sur une prévention à l'égard d'une catégorie d'individus soit un principe fondamental dans le domaine des droits de la personne, dans l'arrêt Etobicoke, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une distinction fondée sur un motif illicite pourrait être justifiable dans certains cas.

Les conditions dans lesquelles pareille distinction serait acceptable ont été définies par la Cour d'appel fédérale dans la cause Air Canada c. Carson et al. La Cour a déclaré qu'Air Canada n'avait pas satisfait aux conditions dans lesquelles elle pourrait restreindre son recrutement de pilotes aux personnes de moins de 27 ans.

La Cour s'est inspirée d'un jugement américain qui oblige l'employeur à prouver deux points:

1) l'exigence est raisonnablement nécessaire compte tenu de la nature du travail;

2) l'employeur doit posséder des preuves concrètes l'incitant à penser que toutes les personnes appartenant à une catégorie, ou la plupart d'entre elles, seraient incapables d'exécuter les tâches d'une manière sûre et efficace, ou que certaines personnes appartenant au groupe exclu sont incapables de les exécuter et qu'il est impossible ou peu pratique de les identifier.

La politique de la Commission étoffe ce jugement en

1) expliquant [alinéas b)(i) et c)(i)] les circonstances dans lesquelles la personne est "incapable" d'exécuter les tâches;

2) exigeant [alinéa b)(ii)] que lorsqu'un employeur est en mesure d'effectuer des tests individuels sans inconvénients ou frais excessifs, il le fasse, et ce même si seulement une poignée des membres du groupe exclu sont en mesure d'exécuter les tâches;

3) expliquant [alinéa c)(ii)] les circonstances dans lesquelles il est peu pratique pour une entreprise d'effectuer des tests individuels.

2.5 Divulgation de renseignements personnels liés à un motif de distinction illicite

Un employeur peut:

a) exiger qu'un individu divulgue des renseignements personnels liés à un motif de distinction illicite

(i) lorsque de tels renseignements sont raisonnablement nécessaires pour administrer les retenues sur la paye ou les prestations; et

(ii) lorsque de tels renseignements ne sont demandés qu'une fois que l'individu a commencé à travailler; et

(iii) lorsque de tels renseignements restent confidentiels et n'influent pas sur les possibilités d'emploi de l'individu, sans le consentement formel de ce dernier;

b) demander que les individus indiquent d'eux-mêmes s'ils possèdent des caractéristiques liées à un motif de distinction illicite seulement :

(i) lorsque de tels renseignements sont considérés raisonnablement nécessaires pour adopter ou mettre en oeuvre des programmes, des plans ou des arrangements conformément à l'article 15 de la Loi ou pour faire des adaptations dans le cas de pratiques qui ont un effet discriminatoire lié à un motif de distinction illicite; et

(ii) lorsque de tels renseignements restent confidentiels et n'influent pas sur les possibilités d'emploi de l'individu, sans le consentement formel de ce dernier.

La Commission encourage le rassemblement de renseignements nécessaires à la rémunération ou au versement d'avantages sociaux (par exemple des renseignements relatifs au plus proche parent ou aux personnes pouvant être couvertes par un régime d'assurance-maladie, renseignements qui révéleraient l'état matrimonial ou la situation de famille) ou encore à l'introduction d'un programme d'action positive (par exemple le pourcentage d'employés appartenant à une minorité raciale). C'est l'abus de ces renseignements qui est préjudiciable.

La Commission veut s'assurer que les renseignements rassemblés à ces fins n'influent pas sur l'employabilité des intéressés. À moins de l'autorisation expresse de l'individu, il n'est pas acceptable de communiquer ces renseignements aux personnes qui prennent les décisions en matière d'emploi.

Les renseignements nécessaires à la rémunération et au versement des avantages sociaux ne sont requis qu'une fois la personne entrée en fonctions, de sorte qu'il serait raisonnable d'en interdire le rassemblement avant cette étape. Toutefois, pour pouvoir introduire un programme d'action positive, les employeurs ont souvent besoin de renseignements sur les candidats. La politique permet aux employeurs de demander que ces renseignements leur soient communiqués volontairement.

3. ÉVITER UN EFFET DISCRIMINATOIRE

Il faut modifier les pratiques régissant l'emploi de manière à mieux refléter la composition de la main-d'oeuvre plutôt que de se préoccuper de l'être hypothétique qu'est l'employé "moyen". Ainsi, il n'est pas approprié de concevoir un équipement de sécurité qui ne protège que les personnes faisant au moins 1,80 mètre et pesant au moins 85 kilos, quand on sait que beaucoup de femmes et de personnes appartenant à une minorité raciale ne satisfont pas à ces normes.

Même si les normes sont modifiées, l'application de pratiques peut avoir pour résultat qu'un individu protégé par les lois sur les droits de la personne se voie refuser un emploi ou subisse un préjudice quelconque. Pour éviter un tel préjudice, les employeurs devraient modifier leurs pratiques dans le cas d'individus donnés si la chose est raisonnable dans les circonstances. Toutefois, il incombe aux employés et aux postulants d'identifier leurs besoins et de les faire attester si l'employeur le demande.

Le principe selon lequel il faut éviter qu'une pratique ait un effet discriminatoire sur un individu s'applique également dans le domaine de l'emploi. Par exemple, il peut être nécessaire d'adapter un bureau pour une personne en fauteuil roulant ou de modifier un code vestimentaire pour tenir compte des besoins ou obligations découlant de la religion d'un individu.

Les expressions "adaptations raisonnables" et "contrainte excessive" ne sont pas utilisées dans la politique. Bien que l'expression "adaptations raisonnables sans contrainte excessive" soit utilisée couramment dans le domaine des droits de la personne, d'aucuns estiment qu'elle est contradictoire. De plus, en anglais, le terme "accommodation" est utilisé dans un contexte entièrement différent à l'article 6 de la Loi. En ce qui concerne la notion de "contrainte excessive", son seul fondement législatif est le paragraphe 41(4).

Le paragraphe 41(4) porte uniquement sur la déficience et a trait aux adaptations aux locaux et aux installations en général et non aux adaptations individuelles. Il précise qu'une contrainte financière ou commerciale peut être excessive, mais ne définit pas ce qui rend une telle contrainte excessive.

3.1 Auto-évaluation des besoins et vérification

Il n'y a aucune obligation d'éviter l'effet discriminatoire d'une pratique:

a) (i) lorsque la nécessité de l'éviter n'était pas raisonnablement évidente; et

(ii) lorsqu'il eut été nécessaire de fournir des renseignements personnels au sujet d'un motif de distinction illicite pour permettre d'éviter un effet discriminatoire et que l'individu ne les a pas divulgués; et

(iii) lorsque l'employeur n'a pas fait savoir, directement ou indirectement, qu'il n'était pas disposé à éviter l'effet discriminatoire; ou

b) si à la demande de l'employeur, l'individu n'a pas fourni de preuve raisonnable que ses besoins particuliers étaient directement reliés à un motif de distinction illicite.

À l'heure actuelle, le seul fondement législatif de l'obligation de faire des adaptations raisonnables est que, pour invoquer une défense d'exigence professionnelle justifiée, l'employeur doit montrer qu'il a pris des précautions raisonnables pour éviter de faire de la discrimination. La magistrature canadienne s'est inspirée de cette notion, formulée en des termes semblables, dans l'interprétation des obligations découlant du droit criminel.

Les associations représentant les personnes atteintes d'une déficience veulent que ce soient celles-ci qui évaluent leurs besoins parce que c'est conforme au principe de l'autonomie, auquel elles souscrivent fermement. Autre argument: les personnes atteintes d'une déficience devraient connaître leurs besoins et leurs obligations mieux que quiconque. Il serait probablement plus coûteux et moins efficace de faire évaluer ces besoins et obligations par des tiers. Enfin, il ne serait pas juste de tenir les employeurs responsables même quand ils ne connaissaient pas les besoins ou obligations d'une personne.

Aussi, la politique prévoit que les modifications individualisées ne sont pas impératives si l'individu n'identifie pas ses besoins et obligations. Toutefois, la demande n'a pas à être explicite, elle peut être implicite. Cela est conforme aux principes légaux généraux. L'individu n'est pas tenu de faire une demande lorsqu'il est évident que cette demande ne pourra lui être accordée. Comme il s'agit là d'une exception au principe général de l'auto-identification, elle est susceptible d'être interprétée de façon étroite. Bien sûr, l'employeur ne se sera pas rendu coupable de discrimination s'il aurait été déraisonnable de modifier la pratique.

Une fois que l'individu a fait connaître un besoin ou une obligation liés à un motif de distinction illicite, la question de la vérification se pose. Étant donné que l'octroi de ce qui peut être considéré comme un privilège par certains employés pourrait provoquer du ressentiment de leur part ou en amener certains à réclamer le même avantage (par exemple un horaire flexible pour des motifs religieux, ou une chaise spéciale pour une personne souffrant de maux de dos), les employeurs devraient avoir le droit de vérifier le bien-fondé de toute demande. Cela est conforme à la manière dont les autres demandes de traitement spécial sont traitées.

3.2 Situations dans lesquelles il n'est pas raisonnable d'éviter un effet discriminatoire

Il y a obligation d'éviter tout effet discriminatoire d'une pratique sauf lorsque le fait de l'éviter nécessite:

a) l'élimination ou la transformation en profondeur d'un élément essentiel de l'emploi ou du processus de sélection en question; ou

b) l'imposition de contraintes excessives aux collègues de travail; ou

c) la modification des lieux ou du matériel pour lesquels l'employeur prévoit faire des adaptations substantielles, lorsque ces plans comportent des adaptations destinées à assurer l'égalité des chances en matière d'emploi et lorsque les coûts des modifications ne peuvent pas être raisonnablement amortis avant les adaptations substantielles prévues; ou

d) l'imposition de risques démesurément grands, déterminés en conformité avec la présente politique, pour ses collègues de travail, le grand public ou l'entreprise de l'employeur; ou

e) des inconvénients qui ont des conséquences importantes pour l'employeur; ou

Il existe six principales situations où il ne serait pas raisonnable d'apporter des modifications pour éviter la discrimination. La première, c'est lorsque les modifications auraient pour conséquence de transformer la nature même du travail. Exiger une telle mesure des employeurs équivaudrait à les contraindre d'offrir un emploi différent et non d'offrir le même emploi d'une manière différente. Le caractère excessif de cette exigence a été reconnu par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt Southeastern Community College c. Davis.

Deuxièmement, il ne serait pas raisonnable d'éviter la discrimination lorsque des tiers auraient à en subir le contrecoup. Cette approche implique une détermination du caractère raisonnable des clauses de ces contrats. Elle se distingue donc de l'invocation des conventions collectives et autres contrats qui, comme il est précisé à l'article B 2d), n'est pas une pratique acceptable.

Un troisième critère devrait prendre en compte les préoccupations des employeurs concernant l'obligation de faire des adaptations immédiates ou d'adapter les locaux ou de l'équipement loué. D'une manière générale, il n'est pas raisonnable d'exiger des adaptations nécessitant l'engagement de dépenses d'investissement considérables dans un délai restreint, car le coût ne pourra être raisonnablement amorti. Toutefois, les employeurs devraient élaborer des plans réalistes en vue de faire les adaptations nécessaires.

Dans les trois dernières situations, les mesures prises pour éviter un effet discriminatoire entraînent soit un risque démesurément élevé ou une contrainte commerciale ou financière excessive susceptible d'avoir un impact considérable sur l'employeur. La notion de l'"impact considérable" représente le juste milieu entre le concept du "coût minime" et la norme américaine selon laquelle les modifications déraisonnables sont uniquement celles qui portent atteinte à l'essence même de l'entreprise. La notion fait également ressortir que le caractère raisonnable de l'adaptation doit être déterminé en fonction des circonstances particulières.

f) une diminution importante de la capacité de gain ou des coûts qui ont des conséquences importantes pour l'employeur, que l'on déterminera en tenant compte, entre autres, des points suivants:

(i) les coûts pouvant éventuellement résulter du fait d'éviter un effet discriminatoire;

(ii) les pénalités pouvant être imposées conformément à la loi, si les dispositions n'en sont pas respectées dans le but d'éviter un effet discriminatoire;

(iii) l'augmentation de la productivité ou des recettes pouvant éventuellement résulter du fait d'éviter un effet discriminatoire;

(iv) les économies que l'employeur pourrait réaliser s'il se prévalait des exemptions d'impôt ou des aides gouvernementales disponibles;

(v) la capacité de l'employeur d'absorber la diminution de capacité de gain, ou les coûts plus élevés, compte tenu notamment de la taille, de la nature, de la structure et du budget de son entreprise.

La politique fournit certaines indications quant aux facteurs permettant de déterminer si l'impact financier est considérable. Seraient également un critère les dépenses futures qui pourraient résulter des adaptations faites pour un seul individu. Ce critère tiendrait compte du précédent que pourraient créer de telles adaptations, point qui a été souligné par les employeurs.

Seraient également compris les peines pécuniaires imposées aux termes d'autres lois, l'amélioration de la productivité et les coûts et les avantages liés aux dégrèvements fiscaux et aux subsides gouvernementaux. Ces derniers facteurs font valoir que la non-discrimination doit être considérée comme une politique saine par les entreprises et que le gouvernement a un rôle à jouer dans l'accroissement des chances données aux groupes désavantagés de participer pleinement à la population active.

Enfin, un facteur important est la capacité de l'employeur d'absorber le coût des adaptations. Ce facteur plus général supprime la nécessité d'établir une distinction entre les secteurs public et privé. La Commission est d'avis que les généralisations relatives aux employeurs ne sont pas plus acceptables que celles relatives aux personnes atteintes d'une déficience.

4. RAISONS OBJECTIVES

4.1 Seules sont objectives les raisons à l'appui d'une pratique d'emploi qui tiennent compte:

a) des données scientifiques ou empiriques existantes; ou de l'avis d'experts; et

b) du caractère détaillé des tâches à exécuter; et

c) des conditions qui règnent dans le milieu de travail; et

d) des répercussions de ces conditions sur les employés surtout ceux qui ressemblent à l'individu en question par la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

La politique de la Commission s'accorde avec l'arrêt Etobicoke sur les plans de l'approche et de la terminologie. De plus, elle délimite l'obligation de produire certains types de preuves, et elle adopte la notion selon laquelle les défenses ne sont pas statiques mais évoluent avec le temps et le progrès technologique.

Dans l'arrêt Etobicoke, la Cour suprême du Canada a déclaré expressément qu'il serait peu judicieux d'énoncer des règles précises à l'égard de la nature et du caractère suffisant des preuves à présenter pour démontrer qu'une exigence est raisonnablement nécessaire. Par contre, elle a recommandé ce qui suit pour ce qui concerne la retraite obligatoire:

> "...les preuves devraient montrer avec précision la nature des tâches à accomplir, les conditions de travail et l'effet de ces conditions sur les employés, en particulier ceux qui ont atteint l'âge de la retraite ou presque."

Ces critères pourraient être appliqués à d'autres exigences professionnelles dites "justifiées", ainsi qu'à d'autres motifs.

4.2 Une raison à l'appui d'une pratique d'emploi risque d'être moins objective lorsqu'elle est fondée sur des opinions plutôt que sur des données scientifiques ou empiriques ou l'avis d'experts, y compris des normes de sécurité spécifiques établies par une loi, qui sont valables, particulièrement lorsque l'employeur a eu l'occasion de procéder aux expériences, aux recherches ou aux examens nécessaires pour recueillir de telles données ou opinions.

La Cour a également précisé clairement que si le témoignage d'experts et les preuves scientifiques ou empiriques sont plus convaincants et doivent être présentés lorsqu'ils sont disponibles, les témoignages "subjectifs" de personnes expérimentées peuvent être admis lorsque d'autres preuves ne peuvent être obtenues.

La Commission estime que le témoignage d'experts et les preuves scientifiques ou empiriques qui ne sont pas valables ne devraient pas être plus convaincants que les témoignages "subjectifs". Une affaire de la Colombie-Britannique, David Andrachiw c. The Corporation of the District of Burnaby, montre la nécessité d'ajouter cette précision. Dans cette affaire, l'employeur a été autorisé à s'appuyer sur un avis médical qui était inexact.

4.3 Un employeur n'est pas tenu de jouer avec la sécurité de ses employés ou du public, ni de subir des coûts ou des inconvénients ayant des conséquences importantes pour l'employeur, dans le but de produire des données scientifiques ou empiriques ou des opinions d'experts.

L'arrêt Etobicoke n'a pas apporté de réponse à la question de savoir si les employeurs doivent simplement produire les preuves objectives dont ils disposent ou s'ils doivent réaliser des enquêtes et faire des recherches en vue d'obtenir de telles preuves. La politique de la Commission ne permet pas que l'on justifie perpétuellement une exigence par des preuves subjectives.

D'un autre côté, elle reconnaît d'autres facteurs et contraintes en limitant l'obligation d'obtenir des preuves objectives. Le principe, élaboré dans la cause Hodgson c. Greyhound Lines Inc., selon lequel les employeurs ne devraient pas être tenus de compromettre la sécurité du public dans le but d'obtenir des preuves scientifiques ou empiriques, est élargi de manière à englober la sécurité des collègues de l'individu ainsi que les contraintes financières ou organisationnelles susceptibles d'avoir un impact considérable sur l'employeur.

III LES MOTIFS JUSTIFIABLES

POLITIQUE PROVISOIRE

NOTE EXPLICATIVE

A. CONTEXTE

1. FONDEMENT DE LA POLITIQUE

La présente politique est fondée sur les dispositions de la Loi canadienne sur les droits de la personne qui ont trait aux motifs justifiables, aux actes discriminatoires dans la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement, aux motifs de distinction illicite ainsi que sur certains principes directeurs.

La politique provisoire doit être située dans le contexte législatif et conceptuel approprié pour qu'elle soit interprétée et appliquée comme il se doit. Les principes qui y sont énoncés sont conçus pour prévenir les méprises fondamentales concernant le rôle de la politique.

1.1 Fondement législatif

Les dispositions applicables de la Loi canadienne sur les droits de la personne sont les suivantes :

3(1) "Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience."

5. Constitue un acte discriminatoire le fait pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public

a) d'en priver, ou

b) de défavoriser, à l'occasion de leur fourniture, un individu, pour un motif de distinction illicite.

Des modifications apportées à la Loi canadienne sur les droits de la personne le 1er juillet 1983 protègent toutes les personnes atteintes d'une déficience contre la discrimination dans l'emploi et dans la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement.

À la différence de l'emploi, les gens ont le droit d'obtenir des biens, des services, des installations et des moyens d'hébergement destinés au public, pourvu qu'ils satisfassent aux conditions raisonnablement nécessaires. Il est logique et approprié en loi, en matière de transport et d'hébergement, de restreindre les circonstances dans lesquelles des biens ou services peuvent être refusés.

À la différence de l'emploi, où les décisions sont principalement basées sur le mérite individuel, la mesure dans laquelle l'individu peut satisfaire aux exigences n'est habituellement pas pertinente: tout ce qui importe, c'est la question de savoir s'il le peut ou ne le peut pas. Pour ces raisons, les fournisseurs ne devraient pas s'attacher à évaluer l'individu, mais s'attacher à déterminer si les conditions qu'ils imposent sont raisonnablement nécessaires pour assurer un accès réel à tous les individus.

6. Constitue un acte discriminatoire le fait pour le fournisseur de locaux commerciaux ou de logements

a) de priver de leur occupation, ou

b) de défavoriser, à l'occasion de leur fourniture, un individu, pour un motif de distinction illicite.

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, s'il a un motif justifiable de le faire."

Premièrement, le plaignant doit établir qu'il s'agit, à première vue, d'un cas de discrimination . Il doit montrer qu'il y a lieu de croire qu'au regard d'un motif de distinction illicite, il a subi un traitement différent ou un préjudice du fait de l'application d'une règle ou d'une pratique établie par le fournisseur.

Deuxièmement, le fournisseur doit avoir la possibilité de se défendre. La défense du fournisseur peut consister à démontrer que sa décision n'a pas été basée sur un motif de distinction illicite mais sur une raison légitime (par exemple l'imposition d'un droit pour un service), ou qu'une disposition de la Loi canadienne sur les droits de la personne ou encore des règlements ou ordonnances y afférents permet au fournisseur de baser sa décision sur un motif de distinction illicite.

1.2 Principes directeurs

Les principes suivants doivent présider à l'application de cette politique :

a) la Loi canadienne sur les droits de la personne a été promulguée par le Parlement du Canada pour le bien de la population et doit être interprétée de façon large et libérale, ses exceptions faisant l'objet d'une interprétation étroite;

b) les droits de la personne ne se méritent pas;

c) l'exercice des droits de la personne doit tenir compte du droit d'un fournisseur de prendre des décisions concernant le bon fonctionnement de son entreprise;

Comme la Commission et les autres organismes officiels de protection des droits de la personne ont une plus grande expérience de la défense fondée sur les exigences professionnelles justifiées, la politique provisoire sur les motifs justifiables s'inspire des notions élaborées dans le contexte de l'emploi. Au fur et à mesure que l'on acquerra plus d'expérience des cas de discrimination lors de la prestation de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement, on étudiera à nouveau l'opportunité d'appliquer ces notions à de telles situations.

Le principe b) appelle certaines précisions. La Loi canadienne sur les droits de la personne ne prévoit pas des niveaux de protection différents pour les clients et les clients éventuels, car les droits des individus ne doivent pas dépendre de leur situation. Dans le cas contraire, cela reviendrait à considérer que les droits doivent être mérités. De telles pratiques pourraient contribuer à perpétuer la discrimination, qui résulte essentiellement du fait que les membres de certains groupes n'ont pas les mêmes possibilités de devenir des clients.

d) le droit de ne pas se voir priver de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement ou de ne pas être défavorisé lors de leur fourniture, est le droit d'y avoir accès de façon équitable, particulièrement le droit d'avoir accès de façon équitable aux services gouvernementaux ainsi qu'à d'autres services, tels les télécommunications, les services bancaires et le transport, qui sont nécessaires pour qu'un individu puisse s'épanouir;

e) l'accès est équitable lorsqu'il assure à l'individu la même possibilité qu'aux autres clients de bénéficier également des biens, services, installations ou moyens d'hébergement en question dans le cadre le mieux intégré qui convienne à ses propres capacités;

f) le fait d'accorder exactement le même traitement à toutes les personnes peut priver certaines d'entre elles de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement, ou les défavoriser lors de leur fourniture, et ce, pour des raisons liées à un motif de distinction illicite;

g) les modalités ou les exigences régissant la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement, dont l'effet n'a rien à voir avec un motif de distinction illicite, ne sont pas discriminatoires;

h) une modalité ne constituera un motif justifiable que si elle est imposée honnêtement, de bonne foi, sans arrière-pensée ou considération en dehors de la question, visant à faire obstacle à l'application de la Loi, et avec la conviction sincère, s'appuyant sur des raisons objectives, qu'elle est raisonnablement nécessaire pour assurer au grand public un accès équitable aux biens, aux services, aux installations ou aux moyens d'hébergement;

i) l'existence de raisons objectives dépendra des circonstances particulières d'un cas, notamment de la technologie existante et de la période de temps dont a disposé le fournisseur pour procéder aux expériences, aux études ou aux examens nécessaires pour obtenir l'avis d'experts et recueillir des données scientifiques ou empiriques pour appuyer cette modalité;

j) les fournisseurs ne doivent pas chercher à justifier une décision en se servant de renseignements obtenus après coup;

k) les pratiques fondées sur un motif de distinction illicite plutôt que sur la capacité de l'individu devraient constituer l'exception plutôt que la règle;

l) les fournisseurs doivent éviter tout effet discriminatoire d'une pratique si cela est possible dans les circonstances;

m) le fait d'éviter un effet discriminatoire d'une pratique peut entraîner une affectation différente des ressources mais ne devrait pas entraîner une modification radicale du bien, du service, de l'installation ou du moyen d'hébergement, des coûts élevés, des inconvénients pour l'entreprise, ni nuire à la sécurité d'autres personnes;

n) le souci de la sécurité ne doit pas faire oublier que l'individu a le droit de décider de courir un risque ne touchant que lui-même, et que la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement comporte toujours certains risques.

2. BUT DE LA POLITIQUE

La présente politique renferme des critères permettant de déterminer si, dans le cas en question, le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement a un motif justifiable d'en priver une personne ou de la défavoriser lors de leur fourniture. Visant autant les clients éventuels que les clients anciens ou actuels, elle doit être appliquée de façon restrictive, surtout lorsque le fournisseur se préoccupe plus des coûts ou des inconvénients pour son entreprise que de la sécurité des personnes autres que l'intéressé. Cependant, elle n'influe nullement sur les décisions touchant le fonctionnement d'une entreprise dont l'effet n'a rien à voir avec un motif de distinction illicite.

La Loi n'est efficace que dans la mesure où elle est bien comprise, admise par le plus grand nombre et appliquée de façon rationnelle et uniforme. La Commission canadienne des droits de la personne est d'avis que les énoncés de principe et les ordonnances qu'elle émet sont grandement utiles à cet égard.

La politique provisoire n'établit pas de règles spécifiques. Plutôt, elle définit des critères qui doivent être appliqués de façon constante et raisonnable aux faits se rapportant à chaque cas. La politique met l'accent sur l'établissement de pratiques conformes aux dispositions de la Loi plutôt que sur la façon d'établir une défense une fois qu'une plainte est déposée.

B. CONCEPTS-CLEFS

La politique ne prescrit pas aux fournisseurs de fournir des biens ou des services aux personnes qui ne se conforment pas, ou sont nettement moins en mesure de se conformer, aux modalités raisonnablement nécessaires du service. Elle définit les paramètres à partir desquels est apprécié le fait qu'un individu se conforme ou a la capacité de se conformer aux modalités.

1. CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR ÉTABLIR L'EXISTENCE D'UN MOTIF JUSTIFIABLE

De l'avis de la Commission, il existe un motif justifiable pour priver un individu de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement, ou pour le défavoriser à l'occasion de leur fourniture, lorsqu'il est fondé sur:

a) le fait que l'individu ne se conforme pas ou ne possède pas la capacité de se conformer aux modalités raisonnablement nécessaires pour assurer à tous un accès sûr et réel à des biens, services, installations ou moyens d'hébergement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience; et

b) le fait de ne pouvoir raisonnablement éviter dans les circonstances que la modalité ait un effet discriminatoire.

La seule défense acceptable est celle basée sur le fait que l'individu ne se conforme pas ou n'a pas la capacité de se conformer aux exigences raisonnablement nécessaires pour assurer un accès sûr et réel à un bien ou à un service.

La politique énonce qu'il n'y aura pas accès réel à un bien ou à un service lorsque le refus de fournir ce bien ou ce service, ou la fourniture de ce bien ou de ce service selon un mode différent, sont fondés sur des opinions stéréotypées, encore que, dans certaines circonstances, une distinction fondée sur un motif illicite puisse être justifiable.

Aux termes de la politique, le fournisseur doit aussi éviter que ses pratiques aient un effet discriminatoire à moins qu'il ne soit pas raisonnable de le faire dans les circonstances (cette notion correspond à ce qu'on a appelé jusqu'ici les "adaptations raisonnables").

2. PRATIQUES QUI NE CONSTITUENT PAS DES MOTIFS JUSTIFIABLES

De l'avis de la Commission, les pratiques suivantes ne constituent pas des motifs justifiables :

a) le fait de priver un individu de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement ou de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture, sous prétexte qu'il n'est pas assujetti au régime d'assurance-cautionnement ou autre du fournisseur, alors qu'il pourrait l'être sans que le coût ou les inconvénients aient des conséquences importantes pour le fournisseur;

b) le fait de priver un individu de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement ou de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture parce qu'il ne se conforme pas aux modalités secondaires ou ne possède pas la capacité de le faire;

c) le fait d'imposer une exigence fondée sur les préférences des employés ou des clients et qui n'est pas liée à la capacité de l'individu de se conformer aux modalités raisonnablement nécessaires; ou

d) le fait d'imposer une exigence fondée uniquement sur un contrat avec un tiers.

Cette partie spécifie que certaines pratiques assez répandues ne sont pas acceptables.

L'une de ces pratiques est de se baser sur l'admissibilité à un régime d'assurance pour priver un individu de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement ou de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture. C'est une barrière systémique, mais une interdiction globale de cette pratique ne conviendrait pas tout à fait dans le cas de la défense de motif justifiable, attendu que les fournisseurs doivent contracter une assurance au tiers. Cependant, pour peu qu'on y mette le prix, il y a toujours moyen de s'assurer. Aussi, le seul cas où le fait de ne pas avoir d'assurance pourrait fonder une défense serait celui où les primes représenteraient une charge excessive pour le fournisseur.

La Commission n'accepte pas non plus une défense basée sur des exigences accessoires, sur les préférences d'autres personnes, qui ne sont pas liées à la capacité réelle, ou sur les clauses d'une convention collective. Dans l'arrêt Etobicoke, la Cour suprême du Canada a spécifié que l'invocation des clauses d'une convention collective ne justifiait pas en soi un acte discriminatoire. Cela vaut également pour les clauses d'autres contrats, comme ceux passés avec un entrepreneur indépendant.

C. DÉFINITION DES EXPRESSIONS UTILISÉES DANS LA PRÉSENTE POLITIQUE

1. ACCÈS SÛR

S'il est raisonnable d'exiger que l'individu obtienne les biens ou les services d'une manière qui ne présente pas de danger, la simple présence d'un risque quelconque ne devrait pas entraîner le refus de fournir les biens ou les services, car chaque activité dans la vie comporte certains risques. Les exigences liées à la sécurité sont souvent discriminatoires, étant fréquemment fondées sur des calculs probabilistes relatifs aux catégories d'individus.

Personne ne devrait être privé de biens ou de services à moins que le risque présenté par la catégorie d'individus à laquelle il appartient ne soit démesurément élevé par rapport à celui présenté par d'autres groupes. Cette notion de différenciation en fonction d'une catégorie est traitée à l'article C 2.1, "Distinction fondée sur un motif de discrimination".

La décision sur le degré de risque posé a deux dimensions. La première est factuelle et consiste à déterminer si le risque est réel et quels sont les dommages ou les blessures qu'il pourrait entraîner. L'autre est philosophique ou morale et consiste à déterminer si ce niveau de risque est acceptable.

1.1 Une exigence voulant qu'un individu ne fasse pas courir de risque au public, à d'autres clients ou aux employés, est justifiable seulement si le risque est démesurément grand, c'est-à-dire :

a) si la blessure susceptible d'en résulter est suffisamment grave; et

b) si la probabilité de blessure est suffisamment grande.

La politique provisoire reconnaît que la vie et la dignité humaines sont plus importantes que l'argent ou les biens. Aussi sera-t-il plus facile d'établir un motif justifiable lorsque le risque concerne d'autres personnes que lorsqu'il a des conséquences économiques. Toutefois, un individu ne devrait pas être privé d'un bien ou d'un service seulement parce qu'il court un risque. La dignité individuelle n'existe que lorsque les individus ont la possibilité de déterminer s'ils peuvent prendre un risque qui ne concerne qu'eux.

1.2 Une exigence voulant qu'un individu ne fasse pas courir de risque au fournisseur, soit directement par des dommages matériels à la propriété ou indirectement par des dommages d'ordre économique découlant de blessures subies par des personnes, est justifiable seulement si le risque est démesurément grand, c'est-à-dire :

a) si le coût des dommages susceptibles d'en résulter a des conséquences importantes pour le fournisseur; et

b) si la probabilité des dommages est suffisamment grande.

1.3 Une exigence voulant qu'un individu ne coure pas personnellement de risque est justifiable seulement:

a) si le fournisseur a informé l'individu ou son tuteur de la nature du risque et de sa probabilité; et

b) si l'individu ou son tuteur n'ont pas compris la nature du risque et sa probabilité.

Comme les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur cette question, la position de la Commission est basée sur les arguments suivants:

1) souvent, en dehors du champ d'action de la Loi, on permet aux individus d'assumer des risques associés à un emploi (le pilotage d'avions ultra-légers par exemple);

2) dans notre société pluraliste et démocratique, les individus sont libres de prendre des décisions personnelles qui ne nuisent pas à autrui;

3) pour pouvoir mener une vie normale, toutes les personnes atteintes d'une déficience assument quotidiennement des risques. Si nous insistions pour les mettre à l'abri de tous les risques, elles seraient obligées de vivre à l'écart et d'être aux crochets de la société.

La décision de prendre un risque doit être éclairée. Aussi la politique exige-t-elle que les fournisseurs expliquent les risques à l'individu et que celui-ci comprenne les explications. Les personnes susceptibles de ne pas comprendre sont celles qui souffrent d'une déficience mentale, qui ne comprennent pas la langue dans laquelle les explications sont données ou qui sont trop jeunes pour comprendre.

2. ACCÈS RÉEL

2.1 Distinction fondée sur un motif de discrimination

2.1.1 Le fait de priver un individu de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement sous prétexte qu'il ne possède pas la capacité de se conformer aux modalités raisonnablement nécessaires ne peut être déterminé en fonction d'un motif de distinction illicite plutôt qu'en fonction des compétences et des limites mêmes de l'individu que dans les cas suivants:

a) lorsque la distinction est raisonnablement nécessaire compte tenu de la nature de l'entreprise du fournisseur; et

b) lorsque le fournisseur a des raisons objectives de croire

(i) que toutes ou presque toutes les personnes qui font l'objet d'une telle distinction seraient nettement moins en mesure que d'autres clients de se conformer en toute sécurité aux modalités raisonnablement nécessaires; et

(ii) qu'il n'existe aucune méthode simple et peu coûteuse de déterminer les quelques personnes qui ont une capacité nettement plus grande que l'ensemble de la catégorie; ou

c) lorsque le fournisseur a des raisons objectives de croire

(i) que certaines personnes qui font l'objet d'une telle distinction seraient nettement moins en mesure que d'autres clients de se conformer aux modalités raisonnablement nécessaires; et

(ii) que l'évaluation individuelle de la capacité des personnes faisant l'objet d'une telle distinction est impossible ou impose des coûts ou des inconvénients qui ont des conséquences importantes pour le fournisseur.

Bien que l'interdiction de fonder une décision sur une prévention à l'égard d'une catégorie d'individus soit un principe fondamental dans le domaine des droits de la personne, dans l'arrêt Etobicoke, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une distinction fondée sur un motif illicite pourrait être justifiable dans certains cas. Il peut y avoir deux types de distinction: le fait de refuser un bien ou un service, et la prestation de biens ou de services selon un mode différent (parallèle).

La politique est fondée sur un jugement américain qui a été approuvé par la Cour d'appel fédérale dans la cause Air Canada c. Carson et al. et qui oblige l'employeur à prouver deux points:

1) l'exigence est raisonnablement nécessaire compte tenu de la nature du travail;

2) l'employeur doit posséder des preuves concrètes l'incitant à penser que toutes les personnes appartenant à une catégorie, ou la plupart d'entre elles, seraient incapables de se conformer en toute sécurité aux modalités, ou que certaines personnes appartenant au groupe exclu sont incapables de se conformer aux modalités et qu'il est impossible ou peu pratique des les identifier.

Le jugement s'applique aux motifs justifiables, avec certaines modifications. On parle dans la politique du jugement et des circonstances dans lesquelles il est justifiable de fournir un bien ou un service selon un mode différent.

La politique étoffe ce jugement en:

1) expliquant [alinéas b)(i) et c)(i)] les circonstances dans lesquelles la personne est "incapable" de se conformer aux modalités;
2) exigeant [alinéa b)(ii)] que lorsqu'un fournisseur est en mesure d'effectuer des tests individuels sans inconvénients ou frais excessifs, il le fasse, et ce même si seulement une poignée des membres du groupe exclu sont en mesure de se conformer aux modalités;
3) expliquant [alinéa c)(ii)] les circonstances dans lesquelles il est peu pratique pour un fournisseur de prendre une décision individualisée au sujet de la capacité d'une personne.

2.1.2 Une distinction fondée sur un motif de discrimination ne permet d'assurer un accès réel aux biens, services, installations ou moyens d'hébergement que si elle est conforme à l'article 2.1.1; ou

a) lorsque la prestation obtenue par ceux qui font l'objet d'une telle distinction est sensiblement la même ou meilleure que celle offerte aux autres clients; et

b) lorsque le fournisseur a des raisons objectives de croire

(i) que toutes ou presque toutes les personnes qui font l'objet d'une telle distinction n'ont pas la capacité d'obtenir la prestation en question en toute sécurité dans un cadre intégré; et

(ii) qu'il n'existe aucune méthode simple et peu coûteuse de déterminer les quelques personnes qui ont une capacité nettement plus grande que l'ensemble de la catégorie; ou

c) lorsque le fournisseur a des raisons objectives de croire

(i) que certaines personnes qui font l'objet d'une telle distinction n'ont pas la capacité d'obtenir la prestation en question en toute *sécurité dans un cadre intégré; et*

(ii) que l'évaluation individuelle de la capacité des personnes faisant l'objet d'une telle distinction est impossible ou impose des coûts ou des inconvénients qui ont des conséquences importantes pour le fournisseur.

On pourrait donner comme exemple de service parallèle le fait d'exiger que les personnes atteintes d'une déficience, qui font appel aux services du gouvernement fédéral, se présentent à un bureau particulier alors que les autres peuvent se présenter à plusieurs bureaux. Bien qu'il s'agisse d'un service "spécial", cette exigence ne leur donne pas le choix de décider si elles veulent de ce service. Par conséquent, il faut qu'un service "spécial" soit assuré conformément à la politique sur les motifs justifiables.

Une exigence prescrivant la prestation d'un bien ou d'un service selon un mode différent peut être justifiable lorsque:

1) le fournisseur satisfait aux conditions susmentionnées et, plutôt que de priver un individu du bien ou du service, choisit de le fournir d'une manière qui pourrait être moins avantageuse; ou

2) le fournisseur est objectivement convaincu que le mode différent permet de fournir le même service ou un service meilleur que si le bien ou le service étaient fournis de la manière habituelle, ce qui pourrait être déterminé d'une façon semblable à celle dont il est question plus haut.

Ainsi, il peut être acceptable que le service de navette entre l'aéroport et le centre-ville ne soit pas accessible aux personnes dont la mobilité est réduite si on leur offre un service porte-à-porte assuré par un minibus, car le transport des personnes atteintes d'une déficience est toujours assuré et ce service est particulièrement avantageux en hiver.

2.2 Divulgation de renseignements personnels liés à un motif de distinction illicite

2.2.1 Lorsque la divulgation de renseignements personnels liés à un motif de distinction illicite est raisonnablement nécessaire pour établir une distinction en vertu de la présente politique, un fournisseur peut exiger une telle divulgation.

2.2.2 Un fournisseur peut demander que les individus indiquent d'eux-mêmes s'ils possèdent des caractéristiques liées à un motif de distinction illicite seulement :

a) lorsque de tels renseignements sont considérés raisonnablement nécessaires pour adopter et mettre en oeuvre des programmes, plans ou arrangements spéciaux conformément à l'article 15 de la Loi, ou pour faire des adaptations dans le cas de pratiques qui ont un effet discriminatoire lié à un motif de distinction illicite; et

b) lorsque de tels renseignements restent confidentiels et, sans le consentement formel de l'individu, n'influent pas sur ses possibilités d'obtenir un bien, un service, une installation ou un moyen d'hébergement.

La Commission encourage le rassemblement de renseignements personnels nécessaires à l'introduction d'un programme d'action positive (par exemple le pourcentage de clients atteints d'une déficience ou de clients au-dessous d'un certain âge). C'est l'abus de ces renseignements qui est préjudiciable.

La Commission veut s'assurer que les renseignements rassemblés à ces fins n'influent pas sur les décisions reliées à la prestation de biens ou de services à l'intéressé. À moins de l'autorisation expresse de l'individu, il n'est pas acceptable de communiquer ces renseignements aux personnes qui prennent les décisions à ce sujet.

3. ÉVITER UN EFFET DISCRIMINATOIRE

Il faut modifier les pratiques régissant la prestation de biens et de services de manière à mieux refléter la composition de la population plutôt que de se préoccuper de l'être hypothétique qu'est le client "moyen". Ainsi, il n'est pas approprié de concevoir un équipement de sécurité qui ne protège que les personnes faisant au moins 1,80 mètre et pesant au moins 85 kilos, quand on sait que beaucoup de femmes et de personnes appartenant à une minorité raciale ne satisfont pas à ces normes.

Même si les normes sont modifiées, l'application de pratiques peut avoir pour résultat qu'un individu protégé par les lois sur les droits de la personne se voie refuser un emploi ou subisse un préjudice quelconque. Pour éviter un tel préjudice, les fournisseurs devraient modifier leurs pratiques dans le cas d'individus donnés si la chose est raisonnable dans les circonstances. Toutefois, il incombe aux clients d'identifier leurs besoins et, à l'occasion, de les faire attester.

Si l'on étend ce principe au secteur des biens et services, on pourrait avoir comme exemple un transporteur aérien qui sert du porc à tous ses passagers. Il leur fournit un service identique, mais ne leur procure pas tous le même avantage étant donné que certains ne mangent pas de porc pour des raisons médicales ou religieuses. Idéalement, divers mets devraient être offerts. À l'heure actuelle, les compagnies aériennes fournissent ce service en offrant divers mets ou en servant un repas différent à l'individu qui en fait la demande avant le vol.

Le concept de l'égalité d'accès est particulièrement important lorsqu'il s'agit d'un service essentiel et lorsque l'individu a besoin du bien ou du service en cause pour pouvoir adopter le mode de vie qui lui convient. Par exemple, il faut avoir de plus fortes raisons de défavoriser un groupe dans le domaine des transports ou des services bancaires que dans l'attribution des fauteuils dans un cinéma.

Les expressions "adaptations raisonnables" et "contrainte excessive" ne sont pas utilisées dans la politique. Bien que l'expression "adaptations raisonnables sans contrainte excessive" soit utilisée couramment dans le domaine des droits de la personne, d'aucuns estiment qu'elle est contradictoire. De plus, en anglais, le terme "accommodation" est utilisé dans un contexte entièrement différent à l'article 6 de la Loi. En ce qui concerne la notion de "contrainte excessive", son seul fondement législatif est le paragraphe 41(4).

Le paragraphe 41(4) porte uniquement sur la déficience et a trait aux adaptations à l'intention du grand public et non aux adaptations individuelles. Il précise qu'une contrainte financière ou commerciale peut être excessive, mais ne définit pas ce qui rend une telle contrainte excessive.

À l'heure actuelle, le seul fondement législatif de l'obligation de faire des adaptations raisonnables lors de la prestation de biens ou de services est que pour fournir des biens ou des services selon un mode qui n'est pas discriminatoire, le fournisseur doit montrer qu'il a pris des précautions raisonnables pour éviter de faire de la discrimination. La magistrature canadienne s'est inspirée de cette notion, formulée en des termes semblables, dans l'interprétation des obligations découlant du droit criminel.

3.1 Auto-évaluation des besoins et vérification

Il n'y a aucune obligation d'éviter un effet discriminatoire d'une pratique:

a) (i) lorsque la nécessité de l'éviter n'était pas raisonnablement évidente; et

(ii) lorsqu'il eut été nécessaire de fournir des renseignements personnels au sujet d'un motif de distinction illicite pour permettre d'éviter un effet discriminatoire et que l'individu ne les a pas divulgués; et

(iii) lorsque le fournisseur n'a pas fait savoir, directement ou indirectement, qu'il n'était pas disposé à éviter l'effet discriminatoire; ou

Les associations représentant les personnes atteintes d'une déficience veulent que ce soient celles-ci qui évaluent leurs besoins parce que c'est conforme au principe de l'autonomie, auquel elles souscrivent fermement. Autre argument: les personnes atteintes d'une déficience devraient connaître leurs besoins et leurs obligations mieux que quiconque. Il serait probablement plus coûteux et moins efficace de faire évaluer ces besoins et obligations par des tiers. Enfin, il ne serait pas juste de tenir les fournisseurs responsables même quand ils ne connaissaient pas les besoins ou obligations d'une personne.

Aussi, la politique prévoit que les modifications individualisées ne sont pas impératives si l'individu n'identifie pas ses besoins et obligations. Toutefois, la demande n'a pas à être explicite, elle peut être implicite. Cela est conforme aux principes légaux généraux. L'individu n'est pas tenu de faire une demande lorsqu'il est évident que cette demande ne pourra lui être accordée. Comme il s'agit là d'une exception au principe général de l'auto-identification, elle est susceptible d'être interprétée de façon étroite. Bien sûr, le fournisseur ne se sera pas rendu coupable de discrimination s'il aurait été déraisonnable de modifier la pratique.

b) si le fournisseur le demande, et si pour éviter un effet discriminatoire il faut subventionner la fourniture à l'individu, à son représentant ou à son tuteur, d'un bien, d'un service, d'une installation ou d'un moyen d'hébergement, lorsque l'individu ne peut prouver raisonnablement que son besoin est directement lié à un motif de distinction illicite.

Une fois que l'individu a fait connaître un besoin ou une obligation liés à un motif de distinction illicite, la question de la vérification se pose. Dans le cas de la fourniture de biens et de services, une telle vérification ne devrait s'avérer nécessaire que lorsque le bien ou le service fourni à l'individu ou à la personne qui l'accompagne est subventionné. En ce qui concerne d'autres types d'adaptations, comme un service de levage ou une version en braille d'un texte imprimé, il est peu probable que quelqu'un les demande s'il n'en a pas vraiment besoin. Bien que des abus soient possibles, il est recommandé qu'aucun contrôle ne soit mis en place avant que le besoin ne s'en soit fait sentir.

3.2 Situations dans lesquelles il n'est pas raisonnable d'éviter un effet discriminatoire

Il y a obligation d'éviter tout effet discriminatoire d'une pratique sauf lorsque le fait de l'éviter nécessite:

a) l'élimination du bien, du service, de l'installation ou du moyen d'hébergement en question, ou la transformation en profondeur de sa nature; ou

b) l'imposition de contraintes excessives aux autres clients ou aux employés; ou

c) la modification des lieux ou du matériel pour lesquels le fournisseur prévoit faire des adaptations substantielles, lorsque ces plans comportent des adaptations destinées à assurer un accès réel aux biens, services, installations ou moyens d'hébergement et lorsque les coûts des modifications ne peuvent pas raisonnablement être amortis avant les adaptations substantielles prévues; ou

Il existe six principales situations où il ne serait pas raisonnable d'apporter des modifications pour éviter la discrimination. La première, c'est lorsque les modifications auraient pour conséquence de transformer la nature même du travail. Exiger une telle mesure des fournisseurs équivaudrait à les contraindre d'offrir un service différent et non d'offrir le même service d'une manière différente. Le caractère excessif de cette exigence a été reconnu par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt Southeastern Community College c. Davis.

Deuxièmement, il ne serait pas raisonnable d'éviter la discrimination lorsque des tiers auraient à en subir le contrecoup. Cette approche implique une détermination du caractère raisonnable des clauses de ces contrats. Elle se distingue donc de l'invocation des conventions collectives et autres contrats qui, comme il est précisé à l'article B 2d), n'est pas une pratique acceptable.

Un troisième critère devrait prendre en compte les préoccupations des fournisseurs concernant l'obligation de faire des adaptations immédiates ou d'adapter les locaux ou de l'équipement loué. D'une manière générale, il n'est pas raisonnable d'exiger des adaptations nécessitant l'engagement de dépenses d'investissement considérables dans un délai restreint, car le coût ne pourra être raisonnablement amorti. Toutefois, les fournisseurs devraient élaborer des plans réalistes en vue de faire les adaptations nécessaires.

d) l'imposition de risques démesurément grands, déterminés en conformité avec la présente politique, pour les employés, les autres clients, le grand public ou l'entreprise du fournisseur; ou

e) des coûts ou des inconvénients qui ont des conséquences importantes pour le fournisseur; ou

f) une diminution importante de la capacité de gain ou des coûts qui ont des conséquences importantes pour le fournisseur, que l'on déterminera en tenant compte, entre autres, des points suivants:

(i) les coûts pouvant éventuellement résulter du fait d'éviter un effet discriminatoire;

(ii) les pénalités pouvant être imposées conformément à la loi, si les dispositions n'en sont pas respectées dans le but d'éviter un effet discriminatoire;

(iii) l'augmentation des recettes pouvant éventuellement résulter du fait d'éviter un effet discriminatoire;

(iv) les économies que le fournisseur pourrait réaliser s'il se prévalait des exemptions d'impôt ou des aides gouvernementales disponibles;

(v) la capacité du fournisseur d'absorber la diminution de capacité de gain ou les coûts plus élevés, compte tenu notamment de la taille, de la nature, de la structure et du budget de son entreprise.

Dans les trois dernières situations, les mesures prises pour éviter un effet discriminatoire entraînent soit un risque démesurément élevé ou une contrainte commerciale ou financière excessive susceptible d'avoir un impact considérable sur le fournisseur. La notion de l'"impact considérable" représente le juste milieu entre le concept du "coût minime" et la norme américaine selon laquelle les modifications déraisonnables sont uniquement celles qui portent atteinte à l'essence même de l'entreprise. La notion fait également ressortir que le caractère raisonnable de l'adaptation doit être déterminé en fonction des circonstances particulières.

La politique fournit certaines indications quant aux facteurs permettant de déterminer si l'impact est considérable. Seraient également un critère les dépenses futures qui pourraient résulter des adaptations faites pour un seul individu. Ce critère tiendrait compte du précédent que pourraient créer de telles adaptations.

Seraient également compris les peines pécuniaires imposées aux termes d'autres lois, l'augmentation des recettes et les coûts et les avantages liés aux dégrèvements fiscaux et aux subsides gouvernementaux. Ces derniers facteurs font valoir que la non-discrimination doit être considérée comme une politique saine par les entreprises et que le gouvernement a un rôle à jouer dans l'accroissement des chances données aux groupes désavantagés pour qu'ils deviennent des membres à part entière de la société.

Enfin, un facteur important est la capacité du fournisseur d'absorber le coût des adaptations. Ce facteur plus général supprime la nécessité d'établir une distinction entre les secteurs public et privé. La Commission est d'avis que les généralisations relatives aux fournisseurs ne sont pas plus acceptables que celles relatives aux personnes atteintes d'une déficience.

4. RAISONS OBJECTIVES

La politique de la Commission s'accorde avec l'arrêt Etobicoke sur les plans de l'approche et de la terminologie. De plus, elle délimite l'obligation de produire certains types de preuves, et elle adopte la notion selon laquelle les défenses ne sont pas statiques mais évoluent avec le temps et le progrès technologique.

4.1 Seules sont objectives les modalités qui tiennent compte:

a) des données scientifiques ou empiriques existantes; ou de l'avis d'experts; et

b) du caractère détaillé des modalités à respecter;

c) des circonstances régnant à l'endroit où le bien, le service, l'installation ou le moyen d'hébergement est fourni; et

d) des répercussions de ces circonstances sur les clients, surtout ceux qui ressemblent à l'individu en question par la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

Dans l'arrêt Etobicoke, la Cour suprême du Canada a déclaré expressément qu'il serait peu judicieux d'énoncer des règles précises à l'égard de la nature et du caractère suffisant des preuves à présenter pour démontrer qu'une exigence est raisonnablement nécessaire. Par contre, elle a recommandé ce qui suit pour ce qui concerne la retraite obligatoire:

> "...les preuves devraient montrer avec précision la nature des tâches à accomplir, les conditions de travail et l'effet de ces conditions sur les employés, en particulier ceux qui ont atteint l'âge de la retraite ou presque."

Ces critères pourraient être appliqués aux motifs justifiables, ainsi qu'à d'autres motifs.

4.2 Une modalité ou une raison pour ne pas éviter un acte discriminatoire risque d'être moins objective lorsqu'elle est fondée sur des opinions plutôt que sur des données empiriques ou scientifiques valables ou sur l'avis d'experts, y compris des normes de sécurité spécifiques établies par une loi, particulièrement lorsque le fournisseur a eu l'occasion de procéder aux expériences, aux recherches ou aux examens nécessaires pour recueillir de telles données ou opinions.

La Cour a également précisé clairement que si le témoignage d'experts et les preuves scientifiques ou empiriques sont plus convaincants et doivent être présentés lorsqu'ils sont disponibles, les témoignages "subjectifs" de personnes expérimentées peuvent être admis lorsque d'autres preuves ne peuvent être obtenues.

La Commission estime que le témoignage d'experts et les preuves scientifiques ou empiriques qui ne sont pas valables ne devraient pas être plus convaincants que les témoignages "subjectifs". Une affaire de la Colombie-Britannique, David Andrachiw c. The Corporation of the District of Burnaby, montre la nécessité d'ajouter cette précision. Dans cette affaire, l'employeur a été autorisé à s'appuyer sur un avis médical qui était inexact.

4.3 Un fournisseur n'est pas tenu de jouer avec la sécurité de ses employés, de ses clients ou du grand public ni de subir des coûts ou des inconvénients ayant des conséquences importantes pour le fournisseur dans le but de produire des données scientifiques ou empiriques valables ou des opinions d'experts.

L'arrêt Etobicoke n'a pas apporté de réponse à la question de savoir si les organismes doivent simplement produire les preuves objectives dont ils disposent ou s'ils doivent réaliser des enquêtes et faire des recherches en vue d'obtenir de telles preuves. La politique de la Commission ne permet pas que l'on justifie perpétuellement une exigence par des preuves subjectives.

D'un autre côté, elle reconnaît d'autres facteurs et contraintes en limitant l'obligation d'obtenir des preuves objectives. Le principe, élaboré dans la cause Hodgson c. Greyhound Lines Inc., selon lequel les fournisseurs ne devraient pas être tenus de compromettre la sécurité du public dans le but d'obtenir des preuves scientifiques ou empiriques, est élargi de manière à englober la sécurité des clients ainsi que les contraintes financières ou organisationnelles susceptibles d'avoir un impact considérable sur le fournisseur.